
3 1761 09492420 6

ENZYKLOPÄDIE DER
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT
ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT
HERAUSGEBER E. KOHLRAUSCH UND W. KASKEL
VIII

HEINRICH TITZE

BÜRGERLICHES RECHT
RECHT DER SCHULDVERHÄLTNISSE

VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1923

Einführung.

Die Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft ist in erster Linie der studierenden Jugend gewidmet. In knappster Form will sie den an den Universitäten vorgetragenen Lehrstoff vorführen, eine Übersicht bieten und zum Arbeiten anleiten. Aber sie will dem Studierenden auch zeigen, daß er eine Kunst und kein Handwerk erlernt; das „Lernen“ hier heißt: die ganze Person einsetzen, nachdenken und an Hand der überall angeführten Hilfsmittel weiterdenken, was andere gedacht haben. Vielleicht ist die Enzyklopädie aber auch dem Fertigen willkommen, der aus der Arbeit des Tages heraus einmal wieder das Ganze, wie es heute sich darstellt, überschauen möchte; vielleicht auch dem Nichtfachmann, den Neigung oder Beruf an Fragen der Rechts- oder Staatswissenschaften heranführen. Beides wenigstens ist unser Wunsch. Die Vorarbeiten zu dem Unternehmen, das zunächst als Fortführung von Birkmeyers Enzyklopädie geplant war, waren bereits im Sommer 1914 abgeschlossen. Der Krieg gebot einen Aufschub und seine Folgen stellten das Zustandekommen zeitweilig überhaupt in Frage. Dem Mut der Verlagsbuchhandlung ist es zu danken, daß der Abschluß gelungen ist. Freilich, vieles hat sich auch für uns geändert. So fehlt der Name dessen, der 1914 mit an die Spitze getreten war und bis zu seinem Tode das Unternehmen betreut hat: der Name von Franz von Liszt. Möge es den Herausgebern gelungen sein, das Werk in seinem Geiste fortzuführen!

Die Herausgeber.

ENZYKLOPÄDIE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

E. KOHLRAUSCH · W. KASKEL · A. SPIETHOFF

ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

DR. EDUARD KOHLRAUSCH
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

DR. WALTER KASKEL
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

VIII

BÜRGERLICHES RECHT
RECHT DER SCHULDVERHÄLTNISSE

VON

DR. HEINRICH TITZE
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN



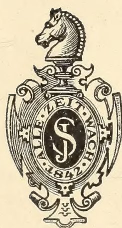
VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1923

BÜRGERLICHES RECHT

RECHT DER SCHULDVERHÄLTNISSE

VON

DR. HEINRICH TITZE
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1923



Inhaltsverzeichnis.

Fünftes Kapitel.

Seite

Wechsel in den Subjekten des Schuldverhältnisses.

Sechstes Kapitel.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

Zweiter Teil.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erstes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

Zweites Kapitel.

Schuldverhältnisse ohne rechtsgeschäftliche Begründung.

Die Paragraphen des BGB. sind im folgenden ohne Gesetzesangabe zitiert.

§ 1. Einleitung.

1. Nach der Legaldefinition des § 241 S. 1 ist das Schuldverhältnis eine rechtliche Beziehung zwischen zwei Personen, derzufolge der eine Teil, der Gläubiger, befugt ist, vom andern Teile, dem Schuldner, eine Leistung zu verlangen. Die dem Gläubiger hierdurch eingeräumte Rechtsstellung wird als Forderungsrecht, die dem Schuldner auferlegte Leistungspflicht als Schuld bezeichnet. Der gemeinrechtliche Ausdruck für Schuldverhältnis war Obligation.

Die schuldnerische Leistung, auf die das Forderungsrecht des Gläubigers gerichtet ist, kann nach § 241 S. 2 sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen. Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, fällt aber unter den vom Gesetzbuch in § 194 Abs. 1 geprägten Begriff des Anspruchs. Der Leistungsanspruch, den der Gläubiger hiernach durch das Schuldverhältnis erlangt, ist dessen vornehmster und begriffsnotwendiger Inhalt. Zwar können auch andere, als obligationsrechtliche Beziehungen, wie z. B. Sachenrechte, Familienrechte, Erbrechte Leistungsansprüche erzeugen. Aber sie brauchen es nicht in jedem einzelnen Falle zu tun, während das Schuldverhältnis ohne Leistungsanspruch nicht entstehen kann. Auf der anderen Seite erschöpft sich der Inhalt des Schuldverhältnisses keineswegs immer im Leistungsanspruch. Um die Leistungspflicht des Schuldners können sich Nebenrechte des Gläubigers und Nebenpflichten des Schuldners gruppieren, die mit ihr im engen Zusammenhang stehen, wie etwa Anzeige- und Auskunftspflichten, Rücktrittsrechte, Minderungsrechte, Wahlrechte und ähnliche auf Bestand oder Umfang des Leistungsanspruches einwirkende Befugnisse.

Dem Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Bewirkung der Leistung steht nicht ohne weiteres ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf Annahme der Leistung gegenüber. Eine solche allgemeine Annahmepflicht wäre mit der Stellung des Gläubigers als des aus dem Schuldverhältnis Berechtigten unvereinbar. Nur in wenigen Ausnahmefällen, die wir kennenlernen werden, macht das Gesetz dem Gläubiger die Abnahme des Leistungsgegenstandes zur Rechtspflicht, während es sich sonst damit begnügt, den Schuldner vor den nachteiligen Folgen der Nichtannahme durch das Institut des später zu besprechenden Annahmeverzugs zu schützen.

Rein terminologisch ist zu bemerken, daß der den Inhalt des Schuldverhältnisses bildende Leistungsanspruch vielfach auch als „Gegenstand" des Schuldverhältnisses bezeichnet wird. Bisweilen bedient man sich der Bezeichnung „Gegenstand" des Schuldverhältnisses, um das Ding der Außenwelt zu bezeichnen, auf das sich der Leistungsanspruch bezieht. Ein solcher Gegenstand braucht nicht jedem Schuldverhältnis zu eignen (man denke an die in einem Unterlassen bestehenden Leistungspflichten, an viele Auftrags- und Dienstverhältnisse), ist aber bei den meisten Schuldverhältnissen vorhanden (die Ware beim Kaufvertrag, die vermietete Sache oder das verpachtete Recht beim Miet- oder Pachtvertrag). In einem dritten Sinne spricht man von der „gegenständlichen Seite" der schuldnerischen Leistungspflicht, um die Frage: was hat der Schuldner zu leisten? von der anderen zu scheiden: wo und wann hat der Schuldner zu leisten? (zeitliche

und örtliche Seite der Leistungspflicht). Und der Ausdruck „Leistung“ endlich wird sowohl für den Inhalt der Schuldnerpflicht wie für den die Erfüllung dieser Pflicht darstellenden Vorgang verwendet (Leistung als Obligationsinhalt und Leistung als schuldnerische Handlung).

Die im gemeinen Rechte viel behandelte, aber auch im geltenden Rechte noch nicht verstummte, mehr der Theorie als der Praxis angehörige Streitfrage, ob die Leistung, um tauglicher Obligationsinhalt zu sein, einen Vermögenswert haben müsse, ist richtigerweise zu verneinen. Die Befürchtung, es könnte durch Preisgabe jenes Erfordernisses die Grenze zwischen der rechtlich bindenden und der bloß gesellschaftlich oder moralisch verpflichtenden Versprechensabgabe verwischt werden, zeugt von übertriebenem Mißtrauen in die Fähigkeit des Richters, den Begriff des Rechtsgeschäftes und insbesondere den des unsittlichen Rechtsgeschäftes mit der nötigen Sicherheit zu handhaben.

2. Das Schuldverhältnis verschafft dem Gläubiger lediglich einen Anspruch gegen den Schuldner auf Leistungsbewirkung. Es setzt also den Gläubiger in keine unmittelbare Rechtsbeziehung zu den Gegenständen, die der Schuldner nach dem Obligationsinhalt aus seinem Vermögen an den Gläubiger abführen soll. Dadurch unterscheidet es sich vom Sachenrecht, dessen Charakteristikum gerade die Unmittelbarkeit der Beziehung ist, in die es das berechtigte Subjekt zum Rechtsobjekt treten läßt. Und diese Unmittelbarkeit führt zu dem weitgehenden Schutze, den das Sachenrecht gegen Eingriffe dritter Personen genießt im Gegensatz zum Forderungsrecht, das, wie gesagt, seine Spitze ausschließlich gegen den Schuldner kehrt — eine Wesensverschiedenheit, die man herkömmlicherweise in der Form zum Ausdruck bringt, daß man dort von einem dinglichen oder absoluten, hier hingegen von einem persönlichen oder relativen Rechte redet. Der Eigentümer kann gegen jeden vorgehen, der störend in sein Eigentum eingreift und seine Sache überall vindizieren, wo er sie findet, während der Käufer, solange er noch nicht Eigentümer geworden ist, sondern lediglich sein Forderungsrecht gegen den Verkäufer auf Eigentumsverschaffung hat, im Falle des Diebstahls der Ware nur den Verkäufer belangen und sich unmittelbar an den Dieb erst dann halten kann, wenn ihm die Eigentumsansprüche des Verkäufers von diesem abgetreten worden sind. Und ähnlich ist derjenige, der sich lediglich in einem obligationsrechtlichen Vertrag die Befugnis ausbedungen hat, über ein fremdes Grundstück zu gehen und zu fahren, machtlos gegenüber dem Dritten, der das Grundstück vom Vertragsgegner erwirbt und ihn an der Ausübung jener Befugnis hindert, wohingegen der auf Grund einer Wegegerechtigkeit dinglich Berechtigte jedermanns Widerstand zu brechen in der Lage ist.

Der Schwäche, die das Obligationenrecht dadurch aufweist, daß es dem Gläubiger nur eine mittelbare Herrschaft über das betroffene Objekt verleiht, stehen Vorzüge gegenüber, in denen es dem Sachenrecht überlegen ist. Sie liegen in seiner größeren Elastizität und Vielgestaltigkeit im Gegensatz zu der geschlossenen Zahl und der gesetzlichen, nur geringer Abwandlungen fähigen inhaltlichen Gebundenheit der auch hinsichtlich des Begründungsaktes meist schwerfälligeren dinglichen Rechte. Aber auch abgesehen davon darf die Mittelbarkeit der Rechtsstellung des Gläubigers in ihrer die Obligation schwächenden Wirkung nicht überschätzt werden. Gewiß geht der Inhalt der Obligation zunächst nur dahin, daß der Gläubiger den Gegenstand des Schuldverhältnisses durch eine Handlung des Schuldners erwerbe. Aber die Rechtsmacht des Gläubigers offenbart sich nicht nur in der dem Schuldner von der Rechtsordnung auferlegten Leistungspflicht und beschränkt sich nicht auf die unzulänglichen Behelfe, die das Vollstreckungsrecht dem Anspruchsinhaber zur Erzwingung von Handlungen des Verpflichteten zur Verfügung stellt (§§ 887, 888 ZPO.). Sondern Wesen und Zweck des Forderungsrechtes erfordern, daß der Gläubiger die Werte, die durch Leistungsbewirkung ihm

zuzuführen der Schuldner sich weigert, dem schuldnerischen Vermögen zu entnehmen in der Lage sein muß. Und diese für den Gläubiger bestehende Zugriffsmöglichkeit bezeichnet man als Haftung des schuldnerischen Vermögens.

Diese Haftung ist nicht etwa ein außerhalb der Obligation liegendes, dem Vollstreckungsrecht angehörendes Moment. Das Vollstreckungsrecht begründet nicht die Haftung, sondern setzt sie voraus und regelt nur die Form, in der sie realisiert wird (Pfändung bzw. Wegnahme der geschuldeten Sachen durch den Gerichtsvollzieher). Die Haftung selbst ist privatrechtlicher Art, sie ist ein begriffsnotwendiger Bestandteil der Obligation, die ohne ihn ein blutleeres Gebilde wäre, das seine verkehrsmäßige Bestimmung nicht erfüllen könnte. Es gibt also keine Schuld ohne Haftung[1]). Damit ist nicht gesagt, daß die Haftung in jedem einzelnen Falle praktisch zu werden bzw. für den Gläubiger erfolgreich zu sein brauchte: so nicht, wenn die Leistung des Schuldners keinen vermögenswerten Charakter hat oder wenn der Schuldner kein zur Befriedigung des Gläubigers ausreichendes Vermögen besitzt. Daß aber die Haftung des Schuldners auch in solchen Fällen latent vorhanden ist, zeigt sich, sobald das anfänglich fehlende Vermögensinteresse des Gläubigers nachträglich auftaucht oder die gegenwärtige Insolvenz des Schuldners sich in spätere Solvenz verwandelt: dann ist die Vermögenshaftung des Schuldners ohne weiteres wieder gegeben. An dem Erfordernis der Haftung für den Obligationsbegriff ändert auch die Erscheinung von Schuldverhältnissen mit sogenannter beschränkter Haftung nichts. Darunter versteht man Fälle, wo die Rechtsordnung dem Gläubiger ausnahmsweise nicht das ganze Vermögen des Schuldners, sondern nur einen bestimmten Komplex dieses Vermögens für den Zugriff zur Verfügung stellt (Haftung des Reeders mit dem Schiffsvermögen; des Erben mit dem Nachlaß). Entweder reicht hier dieser Vermögenskomplex zur Befriedigung des Gläubigers aus: dann ist die beschränkte Haftung eine ebenso vollständige, wie die unbeschränkte; oder er reicht nicht aus: dann liegen die Dinge nicht anders, als wenn der Schuldner bei unbeschränkter Haftung kein zur völligen Befriedigung des Gläubigers hinlängliches Vermögen besitzt und infolgedessen der Fall der Zahlungsunfähigkeit, der Insuffizienz, gegeben ist. Die Verschiedenheit von beschränkter und unbeschränkter Haftung besteht also nur darin, daß in dem einen Falle die Rechtsordnung die Insolvenz unter leichteren Voraussetzungen eintreten läßt als im anderen.

Die Unterscheidung der Haftung von der Schuld als dem „Wofür" der Haftung ist begrifflich möglich und theoretisch richtig. Sie ist aber für die Lösung der in der Lehre von den Schuldverhältnissen auftauchenden Rechtsfragen nicht von der Fruchtbarkeit und Bedeutung, die man ihr eine Zeitlang zuschreiben zu müssen geglaubt hat. Insbesondere sollte man sich davor hüten, mit ihrer Hilfe Institute, die ausschließlich der Rechtsgeschichte angehören, von neuem für das geltende Recht beleben zu wollen. So ist es beispielsweise nicht angängig, in Anlehnung an historische Reminiszenzen das heutige Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner mit jenem Gegensatz von Schuld und Haftung in Verbindung zu bringen. Denn nach geltendem Rechte ist es nicht so anzusehen, als ob der Schuldner lediglich schulde oder doch wenigstens der Bürge lediglich hafte, sondern jedem von ihnen liegt eine Leistungspflicht und die damit verbundene Haftung ob, nur daß Schuld und Haftung des Bürgen zu der des Hauptschuldners in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis stehen. Ebensowenig hat die begriffliche Trennung von Schuld und Haftung etwas mit einer Reihe von Gebilden des geltenden Rechtes zu tun, die man gewöhnlich mit einer der römischen Jurisprudenz entlehnten Terminologie als Naturalobligationen bezeichnet. Das BGB. erklärt an einzelnen Stellen, wie

---

[1]) Ob es eine Haftung ohne Schuld gibt, kann hier unerörtert bleiben, da die Fälle, wo man davon reden könnte, jedenfalls nicht auf dem Gebiet des Obligationenrechts liegen.

bei der verjährten Schuld, bei der Spiel- und Wettschuld, beim Versprechen eines Ehemaklerlohnes und bei den sogenannten Anstandspflichten, daß eine Verbindlichkeit nicht bestehe bzw. der Schuldner zur Leistungsverweigerung berechtigt sei, daß aber das freiwillig Geleistete nicht zurückgefordert werden dürfe (§§ 222 Abs. 2, 656 Abs. 1, 762 Abs. 1, 814). Auch hier hat man davon gesprochen, daß zwar eine Schuld, aber keine Haftung gegeben sei. In Wahrheit liegt hier teils weder Schuld noch Haftung, teils eine unvollkommene Schuld vor, die zu einer ebenso unvollkommenen Haftung führt. Endlich hängt nicht zusammen mit der Unterscheidung von Schuld und Haftung der Gegensatz von Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Muß der Schuldner, weil er die eigentlich geschuldete Leistung nicht erbringt, Schadensersatz bewirken, so bedeutet das eine Veränderung im Inhalt des Schuldverhältnisses: und zwar ändert sich mit der Schuld auch die Haftung, insofern deren Umfang naturgemäß durch erstere bestimmt wird. Wenn trotzdem die Verbindlichkeit zum Schadensersatz üblicherweise als Interesse-„haftung" bezeichnet wird, so wird hier dieses Wort in einem anderen Sinne verwendet, als er unserer Gegenüberstellung von Schuld und Haftung zugrunde liegt.

3. Die Individualität der Obligation wird bestimmt durch die Obligationssubjekte, durch den Obligationsinhalt und durch den Entstehungsgrund des Forderungsrechtes.

Durch den Entstehungsgrund: auch wenn B dem A zweimal die gleiche Leistung, beispielsweise zweimal die Zahlung von zehntausend Mark schuldet, handelt es sich um verschiedene Forderungsrechte, falls die einen zehntausend Mark auf Grund eines Darlehns, die andern auf Grund eines Kaufvertrags, oder die einen zehntausend Mark auf Grund eines Darlehns vom Mai, die andern auf Grund eines Darlehns vom August geschuldet werden. Ja selbst dann sind zwei getrennte — allerdings zueinander in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis stehende — Forderungsrechte anzunehmen, wenn B dem A zehntausend Mark aus einem Darlehn schuldet und überdies die Zahlung derselben zehntausend Mark in einem Wechsel verspricht.

Durch den Obligationsinhalt: wenn jemand eine Frauensperson durch Gewalt oder Hinterlist zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt und sie dabei gesundheitlich schädigt, erwächst ihr einmal ein Ersatzanspruch aus den §§ 823, 825 und sodann ein Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 847; dazu tritt eventuell noch, nämlich im Falle der Schwängerung, der Anspruch aus § 1715. Obwohl alle drei Ansprüche in demselben Tatbestand wurzeln und zwischen denselben Personen entstehen, stellen sie selbständige, weil inhaltlich verschiedenartige Schuldverhältnisse dar. Doch ist bei der Bedeutung des Inhalts für die Individualität der Obligation zu beachten, daß die Parteien von sich aus auch wesensverschiedene Leistungen zu einem Schuldverhältnis zusammenfassen können: in einem Anstellungsvertrag wird die Leistung von Diensten und für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses die Unterlassung von Konkurrenzhandlungen versprochen, oder es soll aus ein und demselben Kaufvertrag sowohl ein Grundstück wie eine Reihe von Mobilien geliefert werden. Und außerdem darf der Inhalt der Obligation nicht in dem Sinne als eine konstante Größe aufgefaßt werden, daß er nicht unter Aufrechterhaltung der Identität des Schuldverhältnisses von Gesetzes oder von Partei wegen abgeändert werden könnte. Näheres darüber wird in anderem Zusammenhang zu sagen sein.

Und was endlich die Subjekte als Individualisierungsmerkmale der Obligation betrifft, so ist klar, daß das Forderungsrecht von A gegen B nicht identisch sein kann mit einem Forderungsrecht von A gegen C oder von C gegen B. Indessen sind auch hier einige Einschränkungen geboten. Von jeher hat man im Erben sich die Rechtspersönlichkeit des Erblassers als fortgesetzt gedacht: es unterliegt darum keinem Bedenken, trotz des tatsächlichen Subjektswechsels das auf den

Erben des Gläubigers übergegangene Forderungsrecht als das alte Forderungsrecht, die auf den Erben des Schuldners übergegangene Schuld als die alte Schuld anzusehen. Und wie man keinen Anstoß daran nimmt (obwohl auch das Rechtsverhältnis zweier Personen zu einer Sache, logisch betrachtet, nicht ein und dasselbe sein kann), das Eigentum des B an seinem Hause, wenn er letzteres von A erworben hat, als das alte auf ihn „übergegangene" Eigentum des A zu bezeichnen — lediglich weil es nach Inhalt und Entstehungsgrund mit ihm kongruent ist —, so ist nichts dagegen einzuwenden, daß wenn C sich von A dessen Forderungsrecht gegen B hat abtreten lassen, man im Hinblick auf die mit der des A sich deckenden Rechtsstellung des C diesem das alte Forderungsrecht zuspricht. Das Forderungsrecht wird hierbei als objektiviertes Vermögensstück betrachtet, dem die Fähigkeit eignet, seinen Herrn zu wechseln, ohne dadurch seine Identität einzubüßen. Und Ähnliches gilt auf der passiven Seite des Schuldverhältnisses, wenn im Wege der Schuldübernahme an die Stelle des alten Schuldners eine neuer Schuldner tritt. Die herkömmliche Betrachtungsweise geht noch weiter in der Verwendung der Metapher, die in jener Objektivierung des Forderungsrechtes liegt, und spricht auch da von einer Einheit des Schuldverhältnisses, wo einem Gläubiger mehrere Schuldner oder einem Schuldner mehrere Gläubiger oder mehreren Gläubigern mehrere Schuldner gegenüberstehen. Man kann darüber streiten, ob hier wirklich von der Beteiligung mehrerer Subjekte an einem Schuldverhältnis geredet werden darf, oder ob nicht eine der Zahl der Parteien entsprechende Mehrheit von Schuldverhältnissen gegeben ist, die unter sich in einem engen, je nach Lage der Dinge verschieden gearteten Abhängigkeitsverhältnis stehen. Die Frage läßt sich nur im Zusammenhang mit der Lehre von der Rechtsgemeinschaft überhaupt beantworten.

4. Die technische Behandlung des Obligationenrechts durch das BGB. weicht von der gemeinrechtlichen insofern ab, als das Gesetzbuch dem Rechte der Schuldverhältnisse den Platz im System des Privatrechts vor dem Sachenrecht angewiesen hat. Ihre innere Berechtigung hat diese Stoffgruppierung insofern, als eine große Reihe von schuldrechtlichen Normen, wie z. B. die vom Erlöschen, der Übertragung, der Nichterfüllung des Leistungsanspruches, auf die aus sachen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnissen sich ergebenden Ansprüche teils unmittelbar teils analog anzuwenden sind. Inhaltlich hat das geltende Recht der Schuldverhältnisse, wie es bei der hohen Entwicklung des römischen Obligationenrechts nur natürlich war, sehr viel gemeines Recht rezipiert, ohne deswegen eigener fruchtbarer Gedanken, namentlich in bezug auf eine sozialere Ausgestaltung der Rechtsinstitute zu entbehren. Den Geist, in dem das BGB. die Vorschriften seines Obligationenrechts verstanden wissen will, bringt der berühmte § 242 zum Ausdruck: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", eine Bestimmung, deren rechtlicher Gehalt freilich nicht überschätzt werden darf. Denn für die Schuldverhältnisse, die aus Verträgen hervorgehen, besagt sie nichts, was sich nach § 157 nicht schon von selbst verstünde, und für die unmittelbar kraft Gesetzes entstehenden Obligationen wird das Ergebnis, zu dem § 242 führt, schon aus dem allgemeinen Postulat gewonnen, daß die Interpretation von Gesetzen den Bedürfnissen der Billigkeit und des Verkehrs Genüge tun muß. Der § 242 hat also vornehmlich programmatischen Wert, und sein Hauptverdienst liegt vielleicht darin, daß er sich selbst überflüssig gemacht hat, indem seine lapidare Fassung dazu beigetragen haben wird, daß in den zwanzig Jahren seiner Geltung sein Inhalt zum juristischen Gemeinplatz geworden ist.

Das BGB. ist für das Obligationenrecht die sedes materiae, aber es ist nicht seine einzige Rechtsquelle. Eine Unsumme von schuldrechtlichen Normen findet sich in Reichsspezialgesetzen, die nach dem bekannten, in Art. 32 des EG. auf-

gestellten Prinzip dem BGB. selbst dann vorgehen, wenn sie älter sind als dieses. Landesrechtliche Vorbehalte spielen im Rechte der Schuldverhältnisse im Gegensatz zum Sachenrecht nur eine geringe Rolle, namentlich seitdem die anfänglich dem Partikularrecht reservierten Materien des Versicherungsrechtes und des Verlagsrechtes (Art. 75, 76 EG.) ihre nachträgliche reichsrechtliche Regelung erfahren haben und das ebenfalls den Einzelstaaten überlassen gewesene Gesinderecht durch die Revolution beseitigt worden ist.

Die stoffliche Gliederung, die das Recht der Schuldverhältnisse im BGB. erfahren hat, wird — was bei der Auslegung des Gesetzes nicht immer genügend beachtet worden ist — beherrscht von dem Gegensatz der lex generalis und der lex specialis. Denn das Obligationenrecht enthält in den ersten sechs Abschnitten (§§ 241—432) Rechtssätze, die der Idee nach für alle Forderungsrechte gelten und bringt in einem siebenten Abschnitt (§§ 433—853) Sonderregeln, durch die für die wichtigsten der im täglichen Leben vorkommenden Schuldverhältnisse jene allgemeinen Vorschriften ergänzt oder auch abgeändert werden. Dem Vorgang des Gesetzes folgend werden wir unsere Darstellung ebenfalls in einen allgemeinen und einen besonderen Teil zerlegen. Im allgemeinen Teile ist zunächst die Frage nach dem Inhalt der Obligation zu erörtern. Dieser besteht, wie wir wissen, im Anspruch des Gläubigers auf die Leistung des Schuldners. Von der dem Schuldner obliegenden Leistung wird darum im ersten Kapitel zu handeln sein[1]).

---

[1]) Bei der gedrängten Darstellung, die im folgenden geboten wird, mußte von jedem literarischen Apparat abgesehen werden. Ich verweise wegen Literaturangaben auf ENNECCERUS, Recht der Schuldverhältnisse 15/17 (Marburg 1922) und wegen der einschlägigen Kommentare und Lehrbücher auf seinen Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechtes 18/21 (Marburg 1923) 55f.

Erster Teil.

Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel.

Die Leistung als Obligationsinhalt.

I. Die gegenständliche Seite der Leistung.

§ 2. Arten des Leistungsgegenstandes.

1. Daß die Leistung des Schuldners sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen kann, ist vorhin schon erwähnt worden. Das Tun kann entweder ein facere, d. h. eine Arbeitsleistung, einfacher oder komplizierter Natur sein; oder es kann ein dare darstellen, worunter hier in Abweichung von der römischrechtlichen Terminologie jedes Hingeben eines Gegenstands, sei es zu Übereignungs-, sei es zu Gebrauchsüberlassungs-, sei es zu Restitutionszwecken, verstanden werden soll. Und natürlich kann das Tun, zu dem der Schuldner verpflichtet ist, sowohl auf ein facere wie auf ein dare gerichtet sein. — Was das Unterlassen angeht, so kommen nur solche Verpflichtungen in Betracht, die nach unseren Rechts- und Sittenbegriffen nicht als etwas Selbstverständliches erscheinen. Darum keine gültige Verbindlichkeit des einen Teiles, den anderen nicht zu bestehlen oder nicht zu kränken oder nicht zu verleumden. Und ferner dürfen die Unterlassungspflichten nicht die Bewegungsfreiheit des Schuldners in sittenwidriger Weise einengen. So kann sich der Verkäufer eines Handelsgewerbes wohl dem Käufer gegenüber verpflichten, in der betreffenden Stadt oder innerhalb eines bestimmten Distrikts oder, falls nach der Eigenart der Branche ein noch weitergehendes Schutzbedürfnis des Gläubigers vorliegt, in ganz Deutschland, vielleicht sogar in der ganzen Welt kein Konkurrenzunternehmen aufzutun. Er könnte aber nicht wirksam versprechen, sich in Zukunft überhaupt jeder Tätigkeit bzw. jeden Gewerbebetriebs zu enthalten. Wirtschafts- und sozialpolitisch von besonderer Bedeutung sind die Unterlassungspflichten, die Angestellte beim Ausscheiden aus dem Betrieb, in dem sie beschäftigt waren, vermittelst der sogenannten Konkurrenzklausel auf sich nehmen. Die hier bestehenden Interessenkollisionen und die durch sie erzeugten gesetzgeberischen Probleme sind des näheren im Handelsrecht und im Sozialrecht darzustellen.

2. Schuldgegenstand kann eine einmalige oder eine wiederkehrende oder eine fortgesetzte Leistung sein. Ein Beispiel der ersteren Art ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Übereignung des verkauften Pferdes, des Unternehmers zur Lieferung der bestellten Maschine, des Darlehnsempfängers zur Kapitalsrückzahlung. In der zweiten Gruppe von Fällen kann die Leistungspflicht des Schuldners in regelmäßigen Zeiträumen wiederkehren, wie bei der Zinspflicht, der Rentenpflicht, dem Abzahlungsgeschäft mit monatlicher Abtragung des Kaufpreises, oder in unregelmäßigen Zwischenräumen, wie etwa da, wo bestimmte Quantitäten einer Ware

auf jeweiligen Abruf zu liefern sind oder wo auf fünf „im Laufe des Winters zu veranstaltende“ Konzerte abonniert ist. Fortgesetzte Leistungspflichten finden wir beim Vermieter, der die Gebrauchsüberlassung und beim Angestellten, der die Arbeit für einen ganzen Zeitraum schuldet. Auch die auf ein Unterlassen gerichteten Verbindlichkeiten gehören gewöhnlich zu dieser Kategorie, wennschon einmalige oder wiederkehrende Leistungspflichten hier sehr wohl denkbar sind. Der in der Literatur geprägte und nur scheinbar fruchtbare Begriff des „Dauerschuldverhältnisses“ ist nicht mit unseren Forderungsrechten auf fortgesetzte Leistung identisch, da er möglicherweise auch solche auf wiederkehrende, ja selbst solche auf einmalige Leistung umfaßt.

3. Die Leistung, die der Schuldner zu bewirken hat, kann teilbar oder unteilbar sein. Sie ist ersteres, wenn sie, ohne dadurch ihren Gesamtwert einzubüßen, mittelst mehrerer inhaltsgleicher Leistungen erbracht werden kann. Und sie ist letzteres, wenn solche Ersetzbarkeit nicht besteht. Ob das eine oder das andere der Fall ist, bestimmt sich nicht nach äußerlichen Merkmalen des Leistungsgegenstandes, sondern nach dem gesamten Inhalt des Schuldverhältnisses. Soweit hiernach Teilbarkeit gegeben ist, besagt letztere, wie wir noch sehen werden, nicht, daß der Schuldner zu Ratenzahlungen berechtigt ist. Sondern die Frage nach der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung wird einmal dann praktisch, wenn das Schuldverhältnis mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner aufweist und ferner, wenn der Schuldner die Leistung nicht vollständig zu erbringen vermag. Denn letzterenfalls liegt bei teilbarer Leistung partielle, bei unteilbarer totale Leistungsunmöglichkeit vor.

4. Da, wo Sachen Gegenstand des Schuldverhältnisses sind, kann die vom Schuldner zu erbringende Leistung entweder nur der Gattung nach oder sie kann individuell, speziell bestimmt sein. Von dieser Einteilung der Schuldverhältnisse in Gattungsschulden und Speziesschulden ist im folgenden Paragraphen zu handeln.

§ 3. Die Gattungsschuld.

1. Der Leistungsgegenstand ist speziell bestimmt, wenn er nach individuellen Merkmalen charakterisiert ist; er ist lediglich generell bestimmt, wenn er von den Parteien nur nach Artmerkmalen gekennzeichnet ist. Danach liegt Speziesschuld vor, wenn jemand aus seiner Sammlung ein bestimmtes Gemälde, aus seinem Stalle ein bestimmtes Pferd, aus seinem Schaufenster das dort ausgelegte antiquarische Exemplar eines literarischen Werkes verkauft. Hingegen hätten wir es mit Gattungsschulden zu tun, wenn jemand „dreihundert Zentner Koks“ oder „fünfzig Flaschen Rüdesheimer“ oder „hundert Scheffel Weizen“ zu leisten hat. Meistens handelt es sich bei den Gattungsschulden, wie schon die gebrauchten Beispiele zeigen, um die Lieferung von vertretbaren Sachen. Aber eine rechtliche Notwendigkeit, daß dem so sei, besteht nicht, da der Begriff der Gattungsschuld und der der vertretbaren Sache an sich einander nichts angehen. Denn die Vertretbarkeit einer Sache ist eine ihr vom Verkehr beigelegte, ihr also objektiv anhaftende und darum der Parteiwillkür entrückte Eigenschaft, die besagt, daß zwei gleiche Quantitäten ein und derselben Sachqualität für den Markt gleichwertig sind und deshalb die eine durch die andere ersetzt werden kann (§ 91). Ob hingegen der Leistungsgegenstand eines Schuldverhältnisses der Gattung nach bestimmt ist oder nicht, hängt allein von den über den Inhalt des Schuldverhältnisses befindenden Parteien ab, so daß der generische Charakter einer Obligation nicht auf eine objektive Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes, sondern nur auf eine Eigenart des konkreten Obligationsinhaltes hinweist. Darum können auch nicht vertretbare Sachen zum Gegenstand einer Gattungsschuld gemacht werden: obwohl Gemälde oder Tiere gewiß nicht zu den Dingen gehören, die nach Zahl, Maß oder Gewicht

bestimmt zu werden pflegen, kann sich jemand beim Kunsthändler ,,fünf Landschaftsbilder" oder beim Pferdehändler ,,zwei Reitpferde" oder ,,drei Zugpferde" bestellen. Und umgekehrt schließt die Vertretbarkeit einer Sache nicht aus, daß hinsichtlich letzterer eine Speziesschuld begründet wird. Das gilt sogar von der vertretbarsten Sache, nämlich vom Gelde. Man denke, daß ein berühmter Literat testierte, er vermache das erste Zwanzigmarkstück, das er in seiner Jugend aus schriftstellerischer Tätigkeit vereinnahmt und seitdem aufbewahrt habe, seinem Neffen als Familienerinnerung. Dieses Zwanzigmarkstück würde dadurch gewiß nicht aufhören, eine vertretbare, vom Verkehr wie jedes andere Zwanzigmarkstück gewertete Sache zu sein und wäre doch zum Gegenstand einer auf eine Speziessache gerichteten Vermächtnisschuld geworden.

2. Das Wesen der Gattungsschuld, demzufolge jedes Stück aus der Gattung tauglicher Leistungsgegenstand ist, birgt ein Moment der Unbestimmtheit in sich, das dem Obligationenrecht besondere Probleme stellt.

a) Da wo die Gattung, zu der die geschuldete Ware gehört, Sorten von verschiedener Qualität aufweist, entsteht die Frage, ob der Schuldner die zu leistende Qualität frei auswählen kann? Sie ist dahin zu beantworten, daß der Schuldner, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, Sachen mittlerer Art und Güte, bei Handelsgeschäften Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten hat (§§ 243 Abs. 1 BGB., § 360 HGB.). Er muß also im Zweifel nicht die beste, darf aber auch nicht, wie im Römischen Rechte, die schlechteste Qualität anbieten. Und der Gläubiger kann mittlere Ware nicht nur im Gegensatz zur schlechteren, sondern auch zur besseren Qualität verlangen. Denn er kann an der mittleren Sorte wegen des geringeren Preises, aber selbst bei gleicher Preislage deswegen interessiert sein, weil er für die Primaqualität (man denke z. B. an Kaffee) keine Abnehmer findet.

b) Die Gattungsschuld kann als solche begründet, aber nicht als solche erfüllt werden. Denn geleistet werden soll und kann letzten Endes immer nur ein Stück aus der Gattung. Jedes Gattungsschuldverhältnis stößt darum in seinem Verlauf auf einen Zeitpunkt, in dem es sich auf ein bestimmtes aus der Gattung ausgeschiedenes Stück ,,spezialisiert" oder ,,konkretisiert" oder ,,konzentriert". Dieser Zeitpunkt ist von großer Bedeutung und bedarf darum genauer Fixierung. Denn vom Moment der Konzentration an braucht der Schuldner nur das aus der Gattung ausgeschiedene Stück zu leisten und kann der Gläubiger, soweit er daran ein Interesse hat, gerade dieses Stück fordern. Ersteres wird besonders praktisch im Falle des zufälligen Untergangs des vom Schuldner zur Leistungsbewirkung aus der Gattung ausgewählten Gegenstands: der Weinhändler hat zehn seinem Keller entnommene Flaschen Rüdesheimer seinem Boten zwecks Ablieferung an den Käufer mitgegeben und der Bote wird unterwegs beraubt. Hier ist der Schuldner von jeder weiteren Leistungspflicht aus dem Gesichtspunkt der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit befreit, wenn das Ereignis nach erfolgter Konzentration eingetreten ist, wohingegen er auf Lieferung aus der Gattung weiter haftet, wenn es sich vor erfolgter Konzentration eingestellt hat, so daß die Lehre von der Konkretisierung der Gattungsschuld mit der Lehre von der Gefahrtragung nicht nur im engsten Zusammenhang steht, sondern der Zeitpunkt der Konkretisierung geradezu den Zeitpunkt des Gefahrübergangs vom Schuldner auf den Gläubiger darstellt. Wo aber liegt dieser Zeitpunkt? Das BGB. beantwortet diese im gemeinen Rechte stark umstrittene Frage für den Fall mangelnder Parteivereinbarungen dahin, daß die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld vor sich geht, ,,sobald der Schuldner das zur Leistung der Sache seinerseits Erforderliche getan hat" (§ 243 Abs. 2). Kann hiernach, wie selbstverständlich, vor erfolgter Ausscheidung von einer Konzentration der generischen Verbindlichkeit nicht die Rede sein, so ist doch die Ausscheidung als solche zur Herbeiführung der Konkretisierung noch

nicht ausreichend. Keinesfalls bei Bringschulden. Aber auch nicht ohne weiteres bei Holschulden. Das ergibt sich aus § 300 Abs. 2, der lautet: ,,Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt.“ Bringen wir das für den Gefahrübergang auf den Gläubiger hier aufgestellte Erfordernis des Annahmeverzugs[1]) mit dem Inhalt des § 243 in diejenige enge Verbindung, wie sie das oben erwähnte korrelate Verhältnis von Gefahrtragung und Konzentration fordert, so bekommen wir als Ergebnis: die Konkretisierung der Gattungsschuld vor erfolgter Erfüllung verlangt, daß der Schuldner ausgeschieden und den Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt hat[2]).

c) Ein dritter Sonderrechtssatz für Gattungsschulden findet sich in § 279, wo für sie der Kreis der vom Schuldner zu vertretenden Umstände weiter gezogen ist als für Speziesschulden. Davon wird in anderem Zusammenhang zu handeln sein[3]).

Die hier unter a—c entwickelten Rechtssätze gelten grundsätzlich für alle Gattungsschulden. Immerhin ist dabei mit einer gewissen Vorsicht zu verfahren. Denn die Grenzen der Gattung, aus der geliefert werden soll, können sehr verschieden weit abgesteckt sein. Es ist möglich, daß der Schuldner schlechthin ,,Tischwein“ oder ,,Kohlen“ oder ,,Getreide“ zu liefern hat. Oder die Gattung kann nach Produktionsort, -art oder -zeit beschränkt sein: ,,hundert Flaschen 1911er Rüdesheimer Berg“ oder ,,Prima Schmelzkoks aus der Zeche Dannenbaum“ oder ,,Ungarischer Weizen, gute gesunde Durchschnittsqualität diesjähriger Ernte“. Ja, die generische Bestimmtheit kann noch viel enger sein: ,,fünf Scheffel Getreide aus der Scheune des X“; ,,drei Hammel aus der Herde des Y“; ,,ein Bild aus der Gemäldesammlung des Z“. Sie kann so eng sein, daß sich im einzelnen Falle zweifeln läßt, ob dem Schuldverhältnis überhaupt noch die Merkmale der Gattungsschuld und nicht vielmehr die der später zu betrachtenden Wahlschuld eignen. Aber auch da, wo noch eine zweifellose Gattungsschuld vorliegt, kann sich aus der Beschränktheit der Gattung die Unanwendbarkeit des einen oder andern der obigen Rechtssätze, namentlich des unter a und c gedachten, ergeben (sogenannte gemischtgenerische Obligationen). Der Kauf einer zwar noch ungemessenen, im übrigen aber individuell bestimmten Menge (etwa des in einer Scheune noch lagernden Getreiderestes) stellt keinen Gattungs-, sondern einen Spezieskauf dar mit subjektiv ungewisser, objektiv aber feststehender Leistungsquantität.

§ 4. Die Geldschuld.

1. Außerhalb der Einteilung von Gattungsschuld und Speziesschuld steht die Geldschuld. Geld ist der allgemeine Wertmesser und das allgemeine Tauschmittel für die Güter der menschlichen Bedürfnisbefriedigung. Je nach ihrer Kulturstufe haben die Völker im Verlauf der Geschichte sich sehr verschiedener Dinge zu diesem Zwecke bedient: des Viehs, des Kupfers, der Edelmetalle, zu denen schließlich das Papiergeld getreten ist. Am Gelde interessiert uns hier nicht die wirtschaftliche, sondern nur die juristische Seite. Und da läßt sich von Geld in einem weiteren und in einem engeren Sinne reden. In einem weiteren Sinne faßt man darunter alle Fungibilien zusammen, die in einem bestimmten Gebiet tatsächlich als Wertmesser und Tauschmittel zirkulieren, dem also der Verkehr Geldfunktion zuschreibt (usuelles Geld, Verkehrsgeld). Im engeren Sinne bezeichnet man als Geld diejenigen vertretbaren Sachen, denen die Rechtsordnung die Fähigkeit,

---

[1]) Über diesen Begriff unten § 30.

[2]) Über die bedeutsame Ausnahme, die sich von obiger Regel aus § 447 ergibt, unten § 39 unter 2a.

[3]) Unten § 27 unter 3a.

allgemeines Wertausdrucksmittel zu sein, besonders verliehen hat und deren Annahme darum bei Geldzahlungen vom Gläubiger nicht ohne Rechtsnachteil verweigert werden kann (Zwangsgeld, Staatsgeld, Währungsgeld). In beiderlei Bedeutung des Wortes ist beim Gelde auseinander zu halten der innere Wert, d. i. der Wert des Stoffes, aus dem das Geld hergestellt ist, bei der Münze also der Metallwert (das Papiergeld hat in diesem Sinne keinen inneren Wert); sodann der Nennwert, d. i. der Wert, den die ausgebende Stelle den Geldstücken durch Prägung oder Druck zuschreibt, und der Kurswert, d. i. der Wert, zu dem das Geld im Verkehr tatsächlich gegeben und genommen wird. Beim Währungsgeld unterscheidet man außerdem das Kurantgeld, d. i. das vollwichtig oder nahezu vollwichtig ausgeprägte Geld, wo sich also Nennwert und innerer Wert annähernd decken und das wegen dieses seines Vollgehalts auch bei den größten Beträgen in Zahlung genommen werden muß, und die Scheidemünzen, die nicht vollwichtig ausgeprägt sind und die wegen dieser Inkongruenz von Nennwert und innerem Werte nicht über bestimmte Summen hinaus in Zahlung genommen zu werden brauchen. Der volkswirtschaftlich schädlichen Zirkulation eines Übermaßes an barem Gelde sucht der sogenannte bargeldlose Verkehr zu steuern, dessen Hilfsmittel (Wechsel, Scheck, Banküberweisung) nicht im Rahmen des allgemeinen Obligationenrechts darzustellen sind.

2. Die deutschen Geldverhältnisse haben ihre letzte zusammenfassende Regelung im Reichsmünzgesetz vom 1. Juni 1909 erfahren, dessen stolzer, auf der Goldwährung aufgebauter Inhalt durch die Zeitereignisse seiner praktischen Bedeutung größtenteils beraubt worden ist. Als Rechnungseinheit unseres Münzsystems sieht das Münzgesetz die in hundert Pfennige eingeteilte Mark, als Kurantgeld goldene Zehn- und Zwanzigmarkstücke, als Scheidemünzen teils Silbergeld (Fünf-, Drei-, Zwei-, Eine- und Halbmarkstücke), teils Nickelgeld (Fünfundzwanzig-, Zehn- und Fünfpfennigstücke), teils Kupfergeld (Zwei- und Einpfennigstücke) vor. Silbermünzen brauchten von Privatpersonen nur im Betrag von zwanzig, Nickel- und Kupfermünzen nur im Betrag von einer Mark in Zahlung genommen zu werden (MünzG. §§ 1, 2, 9)[1]). Papiergeld als Zwangsgeld kennt das Münzgesetz selbst nicht. Wohl aber sind durch eine ebenfalls vom 1. Juni 1909 datierte Novelle zum Bankgesetz die Noten der Reichsbank für gesetzliches Zahlungsmittel, also für Geld im engeren Sinne erklärt worden. Da die Reichsbank verpflichtet war, diese Inhaberschuldverschreibungen jederzeit in Gold einzulösen und da sie vermöge der hohen ihr gesetzlich auferlegten Deckung zu solcher Einlösung auch jederzeit imstande war, so hat diese Novelle zum Bankgesetz an der bis dahin bestehenden Goldwährung nur in der Form, aber kaum in der Sache etwas geändert.

Als usuelles, lediglich verkehrsmäßiges Geld kam zur Zeit unserer Goldwährung einmal das ausländische Geld in Betracht, das ohne Annahmezwang vielfach, namentlich in den Grenzgebieten als Tauschmittel und Wertmesser zirkulierte. Ferner waren als Geld im weiteren Sinne anzusprechen die Scheidemünzen des Münzgesetzes, sofern sie über die gesetzliche Zwangssumme hinaus in Zahlung gegeben und genommen wurden. Und endlich gehörten hierher zwei Arten von Wertpapieren: die sogenannten Reichskassenscheine, zu deren Ausgabe das Deusche Reich auf Grund eines Gesetzes vom 30. 4. 1874 ermächtigt worden ist und hinsichtlich deren bis zum Kriege ein Zwang zur Annahme nur für die öffentlichen Kassen bestand, und sodann die Noten derjenigen Banken, die in Deutschland auch heute noch außer der Reichsbank die Befugnis zur Notenausgabe haben. Es handelt sich dabei in der Hauptsache um die Bayrische Notenbank, die Sächsische

[1]) Keine Reichsmünze, sondern eine aus der Zeit vor der deutschen Münzeinheit stammende Landesmünze war der Silbertaler. Er hatte bis zum 1. Oktober 1907 den Charakter von Kurantgeld, weshalb man bis dahin die deutsche Währung als „hinkende Goldwährung“ bezeichnete.

Bank, die Württembergische Notenbank und die Badische Bank, deren Noten in den betreffenden Staaten, gelegentlich wohl auch darüber hinaus als Geld umlaufen und von der ausgebenden Bank natürlich jederzeit eingelöst werden müssen, während im übrigen eine Verpflichtung zu ihrer Annahme weder für öffentliche Kassen noch für Privatpersonen, sondern höchstens für die Notenbanken untereinander gegeben ist.

Das hier geschilderte, fest fundierte Münzsystem ist, wie gesagt, durch den Krieg faktisch und rechtlich auf das schwerste erschüttert worden. Sofort nach Kriegsbeginn wurden die Reichskassenscheine zum gesetzlichen Zahlungsmittel erhoben (BRV. vom 4. 8. 1914). Gleichzeitig wurde die Reichsbank von der Verpflichtung zur Einlösung ihrer Banknoten, die Reichshauptkasse von der Verpflichtung zur Einlösung der Reichskassenscheine entbunden und den Privatnotenbanken die Befugnis zugesprochen, zur Einlösung ihrer Banknoten Reichsbanknoten zu verwenden. Und es wurden ferner Darlehnskassen errichtet, die für den Betrag der bewilligten Darlehen das Recht zur Ausgabe von Darlehnskassenscheinen bekamen mit Zwangskurs für alle öffentlichen Kassen (aber nicht für den Privatverkehr). Und schließlich ist durch eine VO. vom 13. 4. 1920 alles Silbergeld außer Kurs gesetzt worden, für das neuerdings ein Reichsgesetz vom 26. 5. 1922 (ergänzt durch Reichsgesetz vom 2. 2. 1923) Ersatzmünzen aus anderem Metall zu schaffen die Möglichkeit vorsieht[1]). So herrscht gegenwärtig das reine Papiergeldsystem, zu dessen staatlichen Erscheinungsformen sich bis vor kurzem das zahlreiche Notgeld von Kommunalverbänden, ja selbst von Privatanstalten gesellte — ein Unwesen, dem das Reichsgesetz vom 17. 7. 1922 über die Ausgabe und Einlösung von Notgeld entgegengetreten ist.

Es liegt auf der Hand, daß der jähe Sturz eines Geldsystems von der Höhe der Goldwährung in die Tiefe des Assignatenelends nicht nur das das Münzwesen regelnde Verwaltungsrecht, sondern auch das Obligationenrecht vor die schwersten Probleme stellt. Wechseln doch die von den Parteien vereinbarten Schuldsummen auch bei sich gleich bleibendem ziffernmäßigen Betrag alltäglich ihre wirtschaftliche Bedeutung. Am härtesten ist hier der Gläubiger getroffen, dessen Forderung in Friedenszeiten als Goldmarkforderung entstanden und jetzt als Papiermarkforderung fällig ist. Eine Lösung dieser Probleme ist bisher nicht gefunden worden und kann auch nicht gefunden werden, solange seitens der Gesetzgebung an der Fiktion festgehalten wird, daß die alte Goldmark und die entwertete Papiermark, die in Wahrheit nur den Namen gemeinsam haben, identische Rechtsbegriffe seien.

3. Wie schon oben angedeutet wurde, sind Geldschulden keine Gattungsschulden. Denn der Geldschuldner schuldet eine Wertsumme und nicht eine Quantität einzelner, nach Artmerkmalen bestimmter Stücke. Das hängt mit der wirtschaftlichen Funktion des Geldes zusammen, derzufolge die Gattungszugehörigkeit der Sorten und Stücke hinter dem durch sie repräsentierten Werte zurücktritt. Die Parteien haben es aber in der Hand, das generische Moment gegenüber der bloßen Wertträgerschaft stärker zu betonen. Denn sie können, soweit in diesem Punkte das positive Recht ihre Vertragsfreiheit nicht beschränkt hat, Zahlung in bestimmter Sorte vereinbaren. Dann scheidet jede andere Sorte aus dem Kreise der tauglichen Zahlungsmittel aus. So ging der Sinn der früher beliebten Goldklausel dahin, daß der Gläubiger nur Goldstücke, also beispielsweise keine Reichsbanknoten oder zur Zeit der hinkenden Goldwährung kein Silber anzunehmen brauchte. Goldklauseln werden seit dem Kriege aus naheliegenden Gründen nicht mehr vereinbart. Soweit sie früher (d. h. vor dem 31. 7. 1914) vereinbart waren, sind sie durch eine BRV. vom 28. 9. 1914 für unverbindlich erklärt worden.

[1]) Für die niedrigeren Münzen ist schon eine VO. vom 1. 8. 19 um Ersatz bemüht gewesen.

Im übrigen können die von einer bestimmten Geldsorte handelnden Parteiabreden einen sehr verschiedenfachen Sinn haben und sind darum mit einer gewissen Vorsicht zu interpretieren. Folgende Inhaltsmöglichkeiten kommen hier in Betracht:

a) Die Nennung einer bestimmten Geldsorte im Vertrag kann lediglich ein mehr oder minder zufällig gewähltes Ausdrucksmittel für den geschuldeten Geldwert sein. So, wenn etwa ein Kaufmann in Berlin von einem Schweizer Reisenden in schweizerischen Franken ausgezeichnete Waren kauft. Hier kann der Schuldner, weil der Preis in dieser Sorte berechnet ist, natürlich auch in ihr, also in schweizerischen Franken zahlen. Weil aber der Preis in dieser Sorte nur berechnet ist, kann der Schuldner, falls, wie im gebrauchten Beispiel, die Schuld eine inländische ist, statt jener Sorte auch in inländischer (nach dem Kurse der Zahlungszeit und des Zahlungsortes umzurechnenden) Währung zahlen. Dieser sich schon aus dem Sinne der Abrede ergebende Rechtssatz ist vom BGB. in § 244 besonders ausgesprochen worden. Wir haben es hier überhaupt nicht mit einer Geldsortenschuld, sondern mit einer einfachen Geldschuld zu tun.

b) Die Parteien können eine bestimmte Geldsorte als das ihnen genehmste Zahlungsmittel vereinbaren. Solchenfalls kann der Gläubiger, solange die ausgemachte Sorte existiert, Zahlung in dieser Sorte verlangen. Insofern hat die Geldschuld hier Merkmale der Gattungsschuld angenommen. Daß sie aber damit den Wertcharakter der Geldschuld nicht abgestreift hat, zeigt sich, sobald die betreffende Sorte zu existieren aufgehört hat (es hatte etwa jemand im Jahre 1902 für eine im Jahre 1909 fällige Schuld Zahlung in Talern vereinbart). Alsdann ist der Schuldner nicht wegen Unmöglichkeit der Leistung von jeder Zahlungspflicht frei, sondern muß die geschuldete Summe in dem zur Zeit der Zahlung geltenden Währungsgeld begleichen (§ 245). Man spricht hier von einer Geldsortenschuld im weiteren Sinne oder von einer „qualifizierten Geldschuld".

c) Denkbar ist aber auch, daß die Parteien, die über eine bestimmte Geldsorte kontrahieren, lediglich Leistung dieser Geldsorte im Auge haben. Es bestellt sich jemand Jubiläumskronen oder -taler, die aus Anlaß einer besonderen Feier geprägt worden sind, und die er teils als Andenken behalten, teils weiter veräußern will. Hier wird der Schuldner, wenn die gedachte Sorte im Verkehr nicht mehr zu haben ist, wegen Erschöpfung der Gattung, aus der er liefern soll, von seiner Verbindlichkeit frei: das Schuldverhältnis hat den Charakter der Geldschuld völlig abgestreift und ist zur gewöhnlichen Genusschuld, das Geld zu einer den Gegenstand eines Kaufgeschäfts bildenden Ware geworden. Es liegt hier eine Geldsortenschuld im engeren Sinne oder, wie man sich ausdrückt, eine „eigentliche" oder „exklusive" Geldsortenschuld vor.

d) Daß die Parteien ein auf Geld gerichtetes Schuldverhältnis sogar als Speziesschuld begründen können, indem sie nicht nur bestimmte Geldsorten, sondern individuell bestimmte Geldstücke zum Obligationsinhalt machen, ist schon früher erwähnt worden (jemand vermacht im Testament seinem Patenkind einen aus der eigenen Kindheit aufgehobenen Patentaler).

§ 5. Die Zinsschuld.

1. Bis zur Erfüllung der Obligation entbehrt der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung und kann der Schuldner die eventuellen Nutzungen des Leistungsgegenstandes ziehen. Bei Geldschulden insbesondere kann der Schuldner, während der Gläubiger der Schuldsumme bis zu ihrer Bezahlung entraten muß, mit ihr fruchtbringend arbeiten. Es gibt Schuldverhältnisse, mit deren wirtschaftlichem Zwecke dieses Ergebnis durchaus im Einklang steht. Bei einer großen Reihe von Schuldverhältnissen widerspricht es aber der Interessenlage der Parteien, daß die Schuldsumme einseitig vom Schuldner fruktifiziert wird. Alsdann läßt die Rechtsordnung

den Schuldner dem Gläubiger für die von ihm entbehrte Kapitalsbenutzung eine Vergütung leisten, indem sie ihm die Verpflichtung auferlegt, Zinsen zu zahlen.

Zinsen sind also Vergütungen, die vom Schuldner einer Kapitalssumme für die vom Gläubiger entbehrte Benutzung des Kapitals zu entrichten sind. Dabei bezeichnet die Verkehrssprache, mit der sich in diesem Punkte die Gesetzessprache deckt, als Zinsen nur solche Vergütungen, die in Geld zu zahlen sind und deren Höhe in einem prozentualen Abhängigkeitsverhältnis zur Größe des Kapitals und zur Dauer von dessen Vorenthaltung steht. Sonach setzt jede Zinsschuld eine Kapitalsschuld voraus (Akzessorietät der Zinsschuld)[1]. Darum sind Renten kein Zins. Denn sie werden nicht neben, sondern höchstens an Stelle eines empfangenen Kapitals geschuldet. Dadurch, daß Zinsen Vergütungen für geschuldetes Kapital, nicht Teile des Kapitals sind, unterscheiden sie sich von den Amortisationsquoten, die sich als Abschlagszahlungen auf geschuldetes Kapital darstellen, dessen allmähliche Tilgung sie bezwecken. Amortisationszahlungen verringern also die Kapitalsschuld, während diese von Zinszahlungen nicht berührt wird. Weil der Betrag der Zinsen sich nach der Größe und Dauer der Kapitalsschuld richtet, gehören nicht zu den Zinsen die sogenannten Dividenden, deren Höhe durch den mit dem Kapital erzielten Gewinn bestimmt wird, und gehören ferner nicht zu den Zinsen einmalige Abzüge bei der Kapitalshingabe oder einmalige Zuschläge bei der Kapitalsrückgabe, da hier die Vergütung, die der Gläubiger bekommt, unabhängig ist von der zeitlichen Länge der Kapitalsentbehrung.

Aus dem akzessorischen Charakter folgt eine starke Abhängigkeit der Zinsschuld von der Kapitalsschuld. Die erstere kann ohne die letztere nicht entstehen und sich nach deren Erlöschen nicht fortsetzen[2]; die Verjährung der Kapitalsschuld begreift die Verjährung der bis dahin noch nicht bezahlten Zinsschuld in sich (§ 224); die Zinsschuld nimmt an etwaigen Vorrechten der Kapitalsschuld, wie beispielsweise an ihren Konkursprivilegien teil (§ 62 KO.). Auf der andern Seite wohnt freilich der Zinsschuld gegenüber der Kapitalsschuld auch eine gewisse Selbständigkeit inne. So sind beide einer isolierten Tilgung fähig: die bloße Bezahlung des Kapitals läßt die aufgelaufene Zinsschuld unberührt; beide sind eines isolierten Prozesses fähig, so daß die Zinsen ohne das Kapital und das Kapital ohne die Zinsen eingeklagt werden können; und die Zinsforderung unterliegt einer kurzen, die Kapitalforderung nicht tangierenden Verjährung.

2. Die Verpflichtung zur Zinszahlung versteht sich nicht von selbst: sie muß entweder vom Gesetz vorgeschrieben oder von den Parteien (und sei es auch nur stillschweigend) vereinbart sein. Die Fälle der gesetzlichen Zinsschuld sind an den Stellen des Systems namhaft zu machen, wo sie auftauchen. Die Höhe der gesetzlichen wie der vertragsmäßigen Zinsen beträgt 4%, wenn Gläubiger und Schuldner nichts anderes vereinbart haben (§ 246)[3]. In dieser Möglichkeit, den Zinsfuß frei zu vereinbaren, liegt für die kapitalbedürftige und darum kapitalsuchende Bevölkerung eine Gefahr der Ausbeutung seitens der kapitalkräftigen Klassen. Die Gesetzgebung aller Zeiten hat sich mit dem Problem beschäftigt, wie solcher Gefahr zu steuern sei. Als wirtschaftliche Abderitenstreiche haben sich die in der Rechtsgeschichte wiederholt gemachten Versuche erwiesen, die Vereinbarung von Zinsen überhaupt zu untersagen. Aber auch der näher liegende und sowohl vom römischen wie vom gemeinen Rechte verwirklichte Gedanke, Zinsen über eine bestimmte Höhe (etwa 8 oder 6 oder 5%) als wucherisch zu verbieten, ist, weil schablonisierend, mit den Anforderungen des Wirtschaftslebens nicht

---

[1]) In einem anderen Sinne wird der Ausdruck „Zins" verwendet, wenn von Miet- und Pachtzinsen die Rede ist.

[2]) Die Ausnahme des § 803 erklärt sich aus der besonderen Natur der Inhaberpapiere.

[3]) Über die Besonderheiten des Handelsrechtes und des Wechselrechtes vgl. § 352 HGB. und Art. 50, 51 WO.

verträglich und darum auf die Dauer nicht durchführbar. Deshalb hatte schon das alte HGB. in Art. 292 den Maximalzinsfuß für den Handelsverkehr beseitigt und das Bundes-, spätere Reichsgesetz vom 14. 11. 1867 gab die Höhe der Zinsberedung auch für den allgemeinen bürgerlichen Verkehr frei. Diesen Standpunkt nimmt auch das BGB. ein. Doch hat es zum Schutze gegen Mißbrauch dieser Freiheit in Anlehnung an das eben erwähnte, von ihm (Art. 39 EG.) aufgehobene Reichsgesetz folgende Kautelen eingeführt:

a) Bei Ausbedingung eines höheren Zinsfußes als 6% soll der Schuldner nach Ablauf von 6 Monaten seit Eingehung der Verpflichtung ein halbjähriges, durch Vertrag nicht ausschließbares Kündigungsrecht haben, so daß er die hohen Zinsen nicht länger als ein Jahr zu zahlen braucht. Diese in § 247 vorgesehene, auf unseren früheren Geldmarkt zugeschnittene Bestimmung steht mit den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr im Einklang. Das Reichsgesetz vom 3. 3. 1923 hat darum ihre einstweilige Außerkraftsetzung verfügt.

b) Nichtig ist eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen (§ 248 Abs. 1). Dieses schon im gemeinen Rechte sich findende Verbot des Anatozismus hindert nicht, daß die Parteien nach Fälligkeit einer Zinsschuld vereinbaren, sie solle als verzinsliche Schuld stehenbleiben. Nur die vorherige Verabredung von Zinseszinsen ist untersagt. Und auch davon macht der Absatz 2 des § 248 für eine Reihe von Kreditverhältnissen Ausnahmen, zu denen sich als weitere die laufende Rechnung des § 355 HGB. gesellt[1]).

c) Die wirksamsten, der freien Zinsvereinbarung gezogenen Schranken ergeben sich aus dem Verbot des Wuchers. Denn der Begriff des Wuchers ist durch die Freigabe des Zinsfußes nicht aus der Welt geschafft worden. Er hat nur eine Wandlung erfahren, indem man heutzutage das wucherische Moment nicht mehr in dem Überschreiten eines bestimmten Zinsmaximums, sondern in der im konkreten Falle zutage tretenden mißbräuchlichen Ausnutzung gewisser wirtschaftlicher oder persönlicher Unterlegenheiten anderer erblickt. Es ist dadurch nicht nur an die Stelle des starren und absoluten Wucherbegriffs ein relativer und individualisierender getreten, sondern es hat sich der Begriff des Wuchers von der Zinsschuld überhaupt emanzipiert und ist jedem entgeltlichen Rechtsgeschäft zugänglich geworden. Damit ist das wucherische Geschäft zu einer Unterart des unsittlichen Rechtsgeschäftes geworden und gehört seinem systematischen Zusammenhang nach in den allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechtes.

§ 6. Schadensersatzpflichten.

1. Ein besonders häufiger Fall schuldnerischer Leistungspflicht ist die Schadensersatzpflicht.

Schaden ist jede Beeinträchtigung, die wir in unserer Güterwelt erleiden. Soweit sich solche Beeinträchtigung auf geldwerte Güter bezieht, soweit sie also Vermögensschaden ist, unterscheidet man den Schaden, durch den der Geschädigte ärmer wird, als er vorher gewesen ist (Vermögensminderung; damnum emergens) und den andern, demzufolge er nicht reicher wird, obwohl er reicher zu werden erwarten konnte (entgangener Gewinn; lucrum cessans). Da sich jeder Schaden zurückführen lassen muß auf ein Ereignis, das wir als seine Ursache insofern bezeichnen können, als er ohne das Ereignis nicht eingetreten wäre, so stellt sich der Vermögensschaden dar als eine Differenz zwischen dem Vermögenszustand vor dem schädigenden Ereignis (Minuendus) und dem Vermögensumfang, wie er sich infolge des schädigenden Ereignisses gestaltet hat (Subtrahendus): der Unter-

---

[1]) Nicht aufgenommen ist in das BGB. das gemeinrechtliche Verbot des alterum tantum, demzufolge die Summe der rückständigen Zinsen den Betrag des Kapitals nicht übersteigen durfte.

schied zwischen diesen beiden Größen ist das Interesse, das der Geschädigte an dem Nichteintritt des Ereignisses hatte. Daher die vielfache Identifizierung von „Schaden" und „Interesse", von Schadensersatz und Interesseersatz.

Auch beim damnum emergens braucht der Schaden nicht in der Beschädigung eines körperlichen oder in der Wertminderung eines unkörperlichen Gegenstands, also in der Verletzung eines sogenannten Rechtsobjektes zu bestehen Sehr häufig aber hat der Schaden diesen Charakter. In solchem Falle ist die Größe des Schadens nicht notwendigerweise identisch mit dem Werte des beschädigten Gegenstands, falls man unter dessen Werte seinen Marktwert begreift. Denn die Beziehungen des Geschädigten zum Gegenstand können derartige gewesen sein, daß dieser für ihn einen höheren Wert als für andere hatte. Darum ist Wertersatz nicht gleichbedeutend mit Schadensersatz. Wer Anspruch auf ersteren hat, bekommt nur den Wert ersetzt, den die verletzte Sache für die Allgemeinheit hatte; wer zu letzterem berechtigt ist, kann den Wert vergütet verlangen, den sie für ihn hatte.

Nicht selten führt der Schaden des einen zur Bereicherung eines anderen. Aber auch hier sind die beiden Vermögensverschiebungen keineswegs immer gleiche Größen. Darum deckt sich wiederum der Inhalt des Ersatzanspruchs nicht mit dem Inhalt des Bereicherungsanspruches, durch den der Geschädigte nicht die Einbuße ausgeglichen erhält, die er erlitten hat, sondern die Herausgabe dessen erzielt, worum der andere gegenwärtig bereichert ist[1]).

2. Der Logik der Tatsachen entsprechend läßt die Rechtsordnung die Folgen eines schädigenden Ereignisses grundsätzlich denjenigen tragen, in dessen Person der Schaden entstanden ist. Doch gibt es zahlreiche Fälle, wo die Rechtsordnung aus bestimmten Gründen von diesem Prinzip abweicht und mit der Tragung des Schadens einen anderen als den unmittelbar Betroffenen belastet. Wo sie das tut, geschieht es in der Form, daß sie den anderen verpflichtet, dem zunächst Geschädigten den erlittenen Schaden zu ersetzen. Die Frage, in welchem Maße sie solche Schadensersatzpflichten anerkennen und dadurch den Schaden unter den Rechtsgenossen anders, als es der Lauf der Geschehnisse getan hat, verteilen soll, stellt die Rechtsordnung vor eines ihrer schwierigsten Probleme. Im allgemeinen lassen sich die Fälle der Schadenshaftung auf drei verschiedene Gruppen zurückführen:

a) Die Rechtsordnung verpflichtet den einen Teil zum Ersatz des einem anderen zugestoßenen Schadens deshalb, weil der Verpflichtete dem anderen den Ersatz des Schadens versprochen hat. Hier resultiert also die Schadenshaftung aus einem auf Schadloshaltung gerichteten Schuldvertrag und man kann darum hier recht eigentlich von einem kontraktlichen Schadensersatzanspruch reden. So liegen beispielsweise die Dinge bei der Schadensversicherung und beim Garantievertrag.

b) In einer zweiten Klasse von Fällen ist der Inhalt des Schuldverhältnisses in erster Linie auf etwas anderes als Schadensersatz gerichtet. Da aber der Schuldner dieses andere nicht oder nicht ordnungsmäßig leistet, wird er verpflichtet, dem Gläubiger den ihm aus der unterbliebenen oder mangelhaften Erfüllung der Schuldverbindlichkeit erwachsenden Schaden zu ersetzen. Auch hier wird in der Literatur gern von kontraktlicher Schadenshaftung gesprochen. Indessen braucht das Schuldverhältnis, dem der Schadensersatzanspruch entspringt, kein kontraktliches zu sein. Auch die Verletzung der durch Vermächtnis begründeten oder aus einer ungerechtfertigten Bereicherung sich ergebenden Obligation vermag eine Schadenshaftung zu erzeugen. Das Charakteristische unserer zweiten Gruppe von Haftungsfällen liegt vielmehr darin, daß hier der Schadensersatzanspruch an die Stelle eines

[1]) Vgl. hierzu unten § 48 unter 3.

voraufgegangenen Erfüllungsanspruches tritt. Man wird darum ihr gegenüber am besten von Schadensersatz wegen Nichterfüllung sprechen.

c) Die dritte Art von Schadensersatzverbindlichkeiten zeichnet sich dadurch aus, daß sie, in Abweichung von der eben erwähnten, ein von vornherein auf Schadensersatz gerichtetes Schuldverhältnis entstehen läßt; daß aber dieser primäre Obligationsinhalt nicht, wie bei der ersten Gruppe, die Folge eines Schadensersatzversprechens, sondern einer unmittelbaren gesetzlichen Anordnung ist. Mit Rücksicht auf den letzteren Umstand pflegt die Literatur diese Ersatzfälle öfters als gesetzliche Schadensersatzpflichten zu bezeichnen. Indessen wird dadurch kein Unterschied von unserer zweiten Gruppe zum Ausdruck gebracht, weil auch hier, wie wir sahen, die Haftung nicht notwendigerweise durch eine Willenserklärung des Haftenden motiviert ist. Aus dem gleichen Grunde entbehrt auch die häufig verwendete Terminologie „außerkontraktliche Haftung" des wünschenswerten Gegensatzes. Faßt man wiederum, wie es vielfach geschieht, die hier gemeinten Fälle unter dem Sammelnamen der „Schadensersatzverbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen" zusammen, so macht man sich einer pars pro toto schuldig, indem zu den unsere Ersatzpflicht begründenden Tatbeständen, wennschon sie vielfach (wie die widerrechtliche Körperverletzung oder der Diebstahl) ein Delikt darstellen, auch eine Reihe von rechtmäßigen Handlungen (wie z. B. die Sachbeschädigung im Notstand) gehört. So wird man unsere dritte Gruppe von Schadensersatzfällen am besten als „Schadenshaftung außerhalb bestehender Schuldverhältnisse" charakterisieren.

3. Für den Inhalt der Schadensersatzpflicht, einerlei zu welcher der drei genannten Gruppen sie gehört, stehen der Rechtsordnung zwei Wege offen: sie kann entweder den Ersatzpflichtigen anhalten, die Vermögensdifferenz, die der Schaden für den anderen Teil bedeutet, stets in Geld auszugleichen (Prinzip des ausschließlichen Geldersatzes); oder sie kann dem Ersatzpflichtigen auferlegen, den Zustand, der vor dem schädigenden Ereignis bestanden hat, soweit es möglich ist, in natura herzustellen und nur, soweit solche Herstellung nicht möglich (oder — was auf dasselbe hinausläuft — für den Gläubiger nicht genügend) ist, Geldersatz zu leisten (Prinzip der primären Naturalrestitution). Das BGB. entscheidet sich in § 249 für die zweite Alternative und versucht, die nicht geringen praktischen Unzuträglichkeiten, die mit dieser Lösung verbunden sind, dadurch abzuschwächen, daß es weitreichende Ausnahmen vom Naturalherstellungsprinzip zuläßt. So hat es einmal dem Geschädigten, der statt Herstellung des früheren Zustands Geldersatz verlangt, die ihm solchenfalls an und für sich obliegende Beweislast, daß der frühere Zustand nicht herstellbar sei, dadurch erspart, daß es ihm die Befugnis verliehen hat, dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, es werde die Herstellung nach Fristablauf abgelehnt; nach fruchtlosem Fristablauf darf dann der Geschädigte ohne weiteres Geldersatz — freilich auch nur noch Geldersatz — beanspruchen (§ 250). Und handelt es sich um die Verletzung einer Person oder die Beschädigung einer Sache, so kann der Geschädigte von vornherein, also ohne erst eine Frist setzen oder den Beweis von der Unmöglichkeit der Naturalherstellung führen zu müssen, statt letzterer Entschädigung in Geld fordern (§ 249 S. 2). Und eine Ausnahme vom Naturalherstellungsprinzip zugunsten des Ersatzpflichtigen ist es, daß dieser die Herstellung des früheren Zustands, auch wo sie möglich ist und vom Gläubiger verlangt wird, ablehnen und statt ihrer den entsprechenden Geldbetrag leisten darf, wenn die Herstellung „nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen" bewirkbar ist (§ 251 Abs. 2)[1].

---

[1]) Soweit hier dem Gläubiger oder Schuldner Wahlrechte eingeräumt sind, handelt es sich um sogenannte facultates alternativae. Vgl. darüber den folgenden Paragraphen unter 3.

Nicht jeder Schaden braucht, wie schon eingangs angedeutet wurde, in Geld abschätzbar zu sein. Er kann in der Beeinträchtigung rein wissenschaftlicher, religiöser, ästhetischer, gemütlicher Interessen bestehen. Falls Naturalherstellung möglich ist, steht auch hier der Leistung von Schadensersatz nichts im Wege. Wo sie aber nicht möglich ist, hat die Rechtsordnung nur die Wahl, entweder von jedem Schadensersatz abzusehen oder dem Geschädigten für den erlittenen „dommage moral" ein mehr oder minder willkürlich bemessenes Schmerzensgeld (Satisfaktionssumme, Buße) zuzusprechen. Das BGB. hat sich im Gegensatz zu der in anderen Ländern vielfach geübten Praxis ausdrücklich auf den ersteren Standpunkt gestellt (§ 253; vgl. die Ausnahmen in §§ 847, 1300).

4. Nach dem Inhalt ist noch der Umfang der Schadensersatzpflicht zu erörtern. Grundsätzlich hat der Haftende dem Geschädigten den Schaden zu ersetzen, der mit dem Ereignis, an das das Gesetz die Schadenshaftung anknüpft („dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand") in Kausalzusammenhang steht. Darin liegt einmal ausgesprochen, daß derjenige Schaden nicht zu ersetzen ist, der mit diesem Ereignis in keinem Kausalzusammenhang steht, der also ohnedies eingetreten wäre: der Schuldner hat durch seine Fahrlässigkeit die Leistung des geschuldeten Gegenstands unmöglich gemacht; er kann aber nachweisen, daß letzterer bei rechtzeitiger Lieferung im Hause des Gläubigers untergegangen wäre. Und auf der anderen Seite besagt jener Satz, daß der Ersatzpflichtige dem Gegner allen Schaden ersetzen muß, der ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Doch ist hier eine starke, in der Natur der Sache liegende Einschränkung geboten. Denn sonst müßte beispielsweise der Schuldner, der durch seine Nichtleistung den Gläubiger zur anderweiten Beschaffung der Ware genötigt hätte, diesem dafür aufkommen, daß er sich auf solcher Suche nach der Ware ein Bein gebrochen, oder müßte derjenige, der versehentlich in der Wohnung eines anderen ein Möbelstück beschädigt hätte, die silbernen Löffel ersetzen, die der zur Reparatur bestellte Handwerker dort stöhle. So einig man sich in der Ablehnung solcher Ausdehnung der Ersatzpflicht ist, so verschieden war lange Zeit die dafür gewählte Begründung. Man hat hier fälschlich von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gesprochen oder nicht minder unrichtig einen Unterschied zwischen Ursache und Bedingung oder zwischen Ursache und Veranlassung zu konstruieren versucht. Zur richtigen Abgrenzung der Schadenshaftung hat die Erkenntnis geführt, daß ein Kausalzusammenhang entweder einen normalen, typischen oder einen anormalen, singulären Charakter aufweist, je nachdem der Erfolg, der sich aus einer Situation ergeben hat, eingetreten ist, weil die Situation nach unseren Erfahrungen allgemein geeignet war, diesen Erfolg herbeizuführen, oder eingetreten ist, weil das Spiel des Zufalls Wirkungen hervorgebracht hat, die mit der betreffenden Situation erfahrungsgemäß nur selten verbunden sind. Im einen Falle läßt sich von regelmäßigem oder adäquatem, im andern Falle von regelwidrigem oder inadäquatem Kausalzusammenhang reden. Bloß für den ersteren, nicht auch für den letzteren darf man dem Ersatzpflichtigen die Verantwortung aufbürden. Das ist vom Gesetzbuch in § 252 nur beim lucrum cessans ausgesprochen, gilt aber gleichermaßen auch beim damnum emergens. Es ist also hinsichtlich jeder Schadensersatzpflicht zu unterscheiden zwischen dem Schaden, der ersetzt werden muß, weil er mit dem schädigenden Ereignis in Zusammenhang steht, und dem Schaden, der nicht mehr ersetzt zu werden braucht, obwohl er mit ihm in Zusammenhang steht. Wie bei aller Grenzziehung, so wird auch hier die Entscheidung des einzelnen Falles häufig zweifelhaft sein.

Da der Umfang des Schadensersatzes durch die vom schädigenden Ereignis in Bewegung gesetzte Kausalreihe bestimmt wird, so kann, wenn jemand aus einem Geschäftsabschluß einen Ersatzanspruch ableitet, der Schadensersatz je nach der Natur des schädigenden Umstands von zweifach verschiedener Art sein. Der

Ersatzberechtigte kann entweder geltend machen, daß das Geschäft unerfüllt geblieben sei: dann will er den Schaden ersetzt haben, der mit der Nichterfüllung in Kausalzusammenhang steht; hier spricht man, weil der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre, von positivem oder Erfüllungsinteresse. Oder der Geschädigte erblickt das schädigende Moment darin, daß das Geschäft überhaupt vorgenommen worden, von ihm überhaupt die Rede gewesen sei: dann will er den Schaden ersetzt haben, der mit der Errichtung des Geschäfts und dem Vertrauen auf dessen Gültigkeit in Kausalzusammenhang steht; hier spricht man, weil der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, wenn das Geschäft nicht zum Abschluß gekommen und infolgedessen auf letzteren niemals gebaut worden wäre, von negativem oder Vertrauensinteresse. Die verschiedenartige Kausalreihe besagt an sich nichts über das numerische Verhältnis beider Arten von Schadensersatz: sie können sich hinsichtlich ihrer Höhe zufällig decken; es kann aber im einzelnen Falle das positive größer als das negative oder umgekehrt das negative größer als das positive sein. Indessen liegt es in der Natur der Sache, daß auch da, wo das negative das positive Interesse rechnerisch übersteigt, der Geschädigte den über das positive Interesse hinausgehenden Betrag nicht erstattet verlangen kann[1]).

Der sich aus dem Kausalzusammenhang für den Geschädigten an sich ergebende Interesseanspruch kann eine Minderung seines Umfangs dadurch erfahren, daß der Geschädigte selbst hinsichtlich der den anderen Teil treffenden Ersatzpflicht nicht frei von Schuld ist, sei es, daß er kulpos das schädigende Ereignis geradezu mit herbeigeführt hat, sei es, daß er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den ohne seine Mitwirkung entstandenen Schaden auf ein Mindestmaß zu beschränken, sei es, daß er es versäumt hat, den Schuldner auf die diesem nicht erkennbare Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. In allen drei Fällen kann der Richter den Beklagten von der ihm an sich obliegenden Haftpflicht je nach dem Maße des eigenen Verschuldens des Geschädigten ganz oder teilweise freisprechen (§ 254). Im ersten Falle redet man gern von einer „Kulpakompensation", die zwar mehr ein juristisches Bild als ein juristischer Begriff ist, aber doch ein juristisches Bild, das den hier zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken nicht übel zum Ausdruck bringt. Im zweiten Falle erklärt sich die Einschränkung der Haftung, da Menschen in der Regel ihre eigene Güterwelt vor Schaden zu bewahren pflegen, aus der Nichthaftung des Ersatzpflichtigen für inadäquaten Kausalzusammenhang. Und dem dritten Falle — der natürlich nur für die oben unter 2a und b genannten Haftungsgruppen von Bedeutung ist — liegt die Erwägung zugrunde, daß im Verkehr die Übernahme von Verbindlichkeiten abgelehnt zu werden pflegt, aus deren Nichterfüllung dem Übernehmenden eine Schadensersatzpflicht von erdrückender Höhe erwachsen könnte.

Eine Reduktion der an sich begründeten Schadenshaftung kann sich ferner daraus ergeben, daß ein Ereignis nicht nur nachteilig, sondern auch vorteilhaft auf die Vermögenslage des Geschädigten einwirkt. Solchenfalls darf letzterer nur den Schaden ersetzt verlangen, der nach Abzug des Vorteils übrig bleibt (compensatio lucri cum damno). Doch muß auch hier stets ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Vorteil und Nachteil obwalten (also keine Anrechnung des Finderlohns, den der Gläubiger erwirbt, dem auf der Suche nach passendem Ersatz für den vom Schuldner nicht geleisteten Gegenstand eine mit Banknoten gefüllte Brieftasche in die Hände fällt). Während das Gesetz sich mit der Vorteilsanrech-

[1]) Im Gesetzbuch da besonders hervorgehoben, wo der negative Ersatzanspruch, wie in §§ 122, 179, 307, eine ausdrückliche Regelung erfahren hat. In der oben unter 2 vorgenommenen Einteilung gehört der negative Interesseersatz zur Gruppe b, von der er sich als eine Abart darstellt. Das Nähere darüber kann hier nicht ausgeführt werden.

nung im allgemeinen nicht beschäftigt hat, ist eine ihr verwandte Frage in § 255 durch besondere Bestimmung geregelt worden.

Der Gläubiger des Schadensersatzanspruches muß im Streitfall die Höhe des erlittenen Schadens beweisen. Hierbei kommt ihm aber das weite in § 287 ZPO. dem Richter eingeräumte Schätzungsrecht zu Hilfe. Bisweilen kann der Geschädigte statt des nachweislich erlittenen (konkreten) Schadens den mutmaßlich erlittenen (abstrakten) Schaden einklagen: der Käufer einer marktgängigen, vom Schuldner nicht gelieferten Ware etwa die Differenz einfordern zwischen dem vereinbarten Preise und dem Marktpreis am Stichtag, ohne dartun zu müssen, daß er die Ware zu diesem höheren Preise zu verkaufen Gelegenheit hatte.

§ 7. Wahlschuldverhältnisse.

1. Mehrere Gegenstände können den Inhalt eines Schuldverhältnisses in dem Sinne bilden, daß sowohl der eine wie der andere zu leisten ist. Diese Rechtsfigur weist keinerlei Besonderheiten auf. Mehrere Gegenstände können aber den Inhalt eines Schuldverhältnisses auch in dem Sinne ausmachen, daß nur entweder der eine oder der andere geleistet werden soll. Und diese eigenartige Figur des Obligationenrechts heißt Wahlschuldverhältnis oder Alternativobligation: der Verkäufer hat nach seiner Wahl entweder die Stute Niobe oder das Rennpferd Nixe zu liefern; der Käufer kann, je nachdem, wofür er sich entscheidet, entweder das Landschaftsbild des Meisters A oder das Genrebild des Meisters B fordern; der Reisende ist berechtigt, auf seine Fahrkarte Frankfurt/Main—Hamburg sich entweder über Cassel oder über Bebra befördern zu lassen. Und weil hier der Obligationsinhalt mehrere Gegenstände umfaßt, während der Gläubiger nur einen von ihnen bekommen soll, faßt man mit Recht das Wesen der Alternativobligation in der Wendung zusammen: plures res sunt in obligatione, sed una res est in solutione. Der Grund für die Weite und Unbestimmtheit des Obligationsinhaltes, auf den die Parteien sich hier einigen, ist natürlich darin zu suchen, daß das von ihnen ins Leben gerufene Schuldverhältnis besonderen Bedürfnissen dient, deren Befriedigung auf seiten der einen oder anderen Partei eine durch Wahlfreiheit gemilderte Gebundenheit verlangt. Dabei hängt die Beantwortung der Frage, welcher der beiden Parteien das Wahlrecht zusteht, von den getroffenen Vereinbarungen ab. Ist deren Sinn in diesem Punkte nicht klar ersichtlich, so gebührt das Wahlrecht dem Schuldner (§ 262).

2. Die Alternativobligation kann als solche begründet, aber nicht als solche erfüllt werden. Sie muß vielmehr, ähnlich wie die Gattungsschuld, einen Zeitpunkt durchlaufen, in dem das Schuldverhältnis seine Unbestimmtheit abstreift und seinen endgültigen Inhalt annimmt. Diese Konzentration oder Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine der wahlweise geschuldeten Leistungen läßt das Gesetz mit der Ausübung des Wahlrechts, also mit der Wahlerklärung eintreten, die sich als einseitiges, empfangsbedürftiges, ein ius variandi nicht gewährendes und darum unwiderrufliches Rechtsgeschäft darstellt (§ 263 Abs. 1). Die Folge der Konzentration besteht darin, daß der gewählte Gegenstand als der von Anfang an allein geschuldete gilt (§ 263 Abs. 2). Mit dieser Verwandlung der obligatio alternativa in eine obligatio simplex ist jede Erinnerung daran, daß das Schuldverhältnis einstens ein Wahlschuldverhältnis gewesen ist, erloschen: wird darum dem Schuldner nach eingetretener Konzentration die Leistung des gewählten Gegenstands unmöglich, so können die Wirkungen der Leistungsunmöglichkeit von keiner Seite durch Zurückgreifen auf einen der nicht gewählten Gegenstände abgewendet werden. Der Gefahr, daß der wahlberechtigte Teil durch Nichtausübung des Wahlrechts die Lösung des Schuldverhältnisses hindert, hat das Gesetzbuch in zweifach verschiedener Weise vorgebeugt: ist der Gläubiger mit der Vor-

nahme der Wahl im Verzug, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn letzterer dem Gegner fruchtlos zur Abgabe der Wahlerklärung eine angemessene Frist gesetzt hat (§ 264 Abs. 2); verzieht hingegen der Schuldner mit der Wahl, so muß der Gläubiger ihn zunächst zur Leistung der alternativ geschuldeten Gegenstände verurteilen lassen; dann kann er die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten, während der Schuldner das Wahlrecht jetzt nur noch durch effektive Leistung und nur so lange ausüben kann, als der Gläubiger die seinerseits gewählte Leistung noch nicht, und sei es auch nur teilweise empfangen hat (§ 264 Abs. 1).

Noch vor der normalen Beschränkung durch Wahlerklärung kann die Alternativobligation eine Konzentration auf anormale Weise dadurch erfahren, daß sich die Bewirkung einer der wahlweise geschuldeten Leistungen als unmöglich herausstellt. Solchenfalls „beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen" (§ 265 S. 1), so daß der wahlberechtigte Teil seine Wahl nicht auf die unmögliche Leistung richten, also weder im Falle der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung die Inhaltslosigkeit des Schuldverhältnisses herbeiführen noch im Falle der verschuldeten Leistungsunmöglichkeit die Wahlschuld in eine Schadensersatzverbindlichkeit verwandeln kann. Nur dann soll nach § 265 S. 2 die Beschränkung auf die möglichen Leistungen nicht eintreten, „wenn die Leistung infolge eines Umstands unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat". Diese Bestimmung führt da zu einem unbilligen Ergebnis, wo der Gläubiger das Wahlrecht hat und die Unmöglichkeit der Leistung von ihm verschuldet ist: der Pferdekäufer, der zwischen zwei der ihm offerierten Pferde schwankt und sie deshalb unter Ausbedingung eines innerhalb einer Woche auszuübenden Wahlrechts alternativ kauft, läßt beim Probereiten das eine Pferd durch sein Ungeschick einen tödlichen Unfall erleiden. Während die Billigkeit verlangt, daß hier der Käufer gegen Entrichtung des Kaufpreises das von ihm ruinierte Pferd wählen dürfe, muß er nach dem Gesetzbuch das unversehrt gebliebene Pferd nehmen und bezahlen und für das getötete Pferd nach den Grundsätzen der außervertraglichen Haftung Schadensersatz leisten.

3. Nicht zu verwechseln mit den Alternativobligationen sind die sogenannten facultates alternativae. Mit jenen haben sie die der einen Partei eingeräumte Wahlbefugnis gemeinsam; im übrigen aber sind beide Figuren von sehr verschiedenartiger Rechtsnatur. Bei der Alternativobligation sind die wahlweise geschuldeten Leistungen juristisch einander gleichwertig; bei der facultas alternativa haben wir es mit mehreren Leistungsgegenständen zu tun, von denen der eine den „eigentlichen" Inhalt des Schuldverhältnisses bildet, während die anderen Gegenstände „auch" geleistet bzw. „auch" gefordert werden können. Einschlägige Beispiele liefern die Fälle, wo der Inhalt einer Schadensersatzpflicht in Wiederherstellung des früheren Zustands besteht, der Gläubiger statt dessen aber Geldersatz verlangen bzw. der Schuldner Geldersatz leisten darf (§ 249 S. 2; § 251 Abs. 2)[1]. Oder man nehme an, daß ein Bauer im Testament seinen Sohn zum alleinigen Erben einsetzt mit der Bestimmung, daß er seine, des Testators, Schwester lebenslänglich auf dem Hofe wohnen lassen soll, falls er es nicht vorziehe, diese Verpflichtung durch Zahlung einer Kapitalssumme von der und der Höhe abzulösen. Aus der Rechtsgeschichte gehört hierher der Satz des römischen Rechtes, wonach der Sklaveneigentümer für die Delikte seiner Sklaven Ersatz zu leisten hat, sich dieser Verbindlichkeit aber durch Herausgabe des Sklaven entschlagen kann. Zutreffend hat man zur Charakterisierung dieser Erscheinungen und zur Hervorhebung ihres Unterschieds von den Alternativobligationen die oben wiedergegebene Parömie dahin variiert: una res est in obligatione, sed plures res sunt in solutione. Während das Gesetzbuch

[1]) Oben S. 17.

den Alternativobligationen die vorstehend skizzierte Regelung hat zuteil werden lassen, entbehren die facultates alternativae gemeinsamer Vorschriften. Aus der verschiedenen Natur beider Rechtsinstitute folgt, daß eine Reihe von praktischen Fragen, die namentlich den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung, das jus variandi des Wahlberechtigten und die Nichtausübung des Wahlrechts betreffen, hier anders als bei den Alternativobligationen zu beantworten sind.

§ 8. Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt.

Wir haben bereits in der Gestalt der Gattungsschuld und der Wahlschuld Obligationen kennengelernt, deren Inhalt insofern nicht fest fixiert war, als die eine Partei einen gewissen Spielraum hinsichtlich dessen hatte, was sie leisten bzw. was sie fordern wollte. Immerhin war in beiden Fällen der Kreis der Gegenstände, aus dem geleistet werden sollte, klar umschrieben und darum eine relative Bestimmtheit doch vorhanden. Die Unbestimmtheit der Obligation kann aber bisweilen größer sein, als in jenen beiden Fällen: es kann lediglich ausgemacht sein, daß der Schuldner etwas leisten soll, hingegen die Frage offen gelassen sein, was oder wieviel er leisten soll. Man denke etwa, daß unter früheren Verhältnissen ein Unternehmer im Anstellungsvertrag versprach, seine Arbeiter „versichern zu lassen", ohne daß über die Art der Versicherung Näheres vereinbart worden wäre; oder daß beim Engagement die Hausfrau dem Dienstmädchen „ein Weihnachtsgeschenk" oder der Prinzipal dem Angestellten eine „Gratifikation" neben dem Gehalt zusichert; oder daß sich jemand einem Bilderhändler gegenüber verpflichtet, ihm „jährlich ein Bild abzukaufen" oder ein Freund einem anderen ein Stück aus seinem Mobiliar verkauft und die Parteien die Höhe des Kaufpreises absichtlich unerörtert lassen. Weil hier in weit stärkerem Maße als vorhin von inhaltlicher Unbestimmtheit gesprochen werden muß, lassen sich diese Schuldverhältnisse schlechthin als Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt oder, wie es in der Literatur geschehen ist, als Blankettschuldverhältnisse bezeichnen. Sie sind natürlich nicht schrankenlos zulässig, sondern es ist Sache der Prüfung des einzelnen Falles, ob die Umstände so liegen, daß trotz der Unbestimmtheit der Leistung ein Schuldverhältnis entstanden ist, ob also die Parteien sich überhaupt rechtlich binden wollten, und wenn ja, ob eine Bindung in der freien Form nicht dem Begriff des Schuldvertrags oder den guten Sitten widerspricht.

Soweit hiernach Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt möglich sind, erfahren sie ihre Konkretisierung durch Bestimmung seitens des Bestimmungsberechtigten. Als solcher kann je nach dem Obligationsinhalt der Gläubiger oder der Schuldner oder ein am Schuldverhältnis unbeteiligter Dritter oder auch eine Mehrheit dritter Personen (§ 317 Abs. 2) in Frage kommen. Stellt sich die unbestimmte Leistung als Gegenleistung einer bestimmten dar, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Bestimmungsrecht der Gläubiger der unbestimmten Leistung haben soll (§ 316). Ausgeübt wird das Bestimmungsrecht auch hier durch empfangsbedürftige Erklärung, die entweder an den Obligationsgegner oder, wo ein Dritter bestimmungsberechtigt ist, an eine der beiden Parteien des Schuldverhältnisses zu richten ist (§§ 315 Abs. 2; 318 Abs. 1).

Das Schuldverhältnis kann die Bestimmung dem billigen Ermessen oder dem freien Belieben des Bestimmungsberechtigten überlassen. Ersteres ist jedenfalls da, wo die Bestimmung bei einer der Parteien liegt, die Regel (§ 315 Abs. 1). Hat für die Bestimmung billiges Ermessen zu walten, so ist die unbillige Bestimmung unverbindlich und wird durch richterliches Urteil ersetzt, das hier auch dann eingreift, wenn der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht rechtzeitig trifft (§§ 315 Abs. 3; 319 Abs. 1). Soll ein Drittmann die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so würde ein Ausbleiben der Bestimmung den Schuldvertrag unwirksam machen (§ 319 Abs. 2).

§ 9. Ersatz von Aufwendungen; Rechnungslegung; Auskunftserteilung.

Das Gesetzbuch enthält noch Vorschriften hinsichtlich des Inhalts einiger Schuldverbindlichkeiten, die gewöhnlich nur als Nebenverpflichtungen im Rahmen anderweitiger Schuldverhältnisse vorkommen. Es sind das die in der Überschrift genannten Fälle des Ersatzes von Aufwendungen, der Rechnungslegung und der Auskunftserteilung. Dabei haben wir es hier nicht mit der Frage zu tun, wann solche Verpflichtungen gegeben sind. Sondern das Gesetz regelt in den uns an dieser Stelle beschäftigenden Bestimmungen nur die Frage nach dem Inhalt dieser Pflichten, falls sie gegeben sind. Die Frage, wann sie entstehen, ist vom Gesetz im Zusammenhang mit den Rechtsverhältnissen geregelt, als deren Begleiterscheinungen sie auftauchen.

Die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen ist ein Unterfall der Schadensersatzpflicht. Durch die Sonderregelung aber, die er im Gesetz erfahren, ist er den allgemeinen Vorschriften des Schadensersatzrechtes entzogen. Es gilt hier nicht das früher erwähnte Prinzip der Naturalherstellung, sondern das des primären Geldersatzes. Im Gesetz ist das durch die Bestimmung des § 256 zum Ausdruck gebracht, wonach derjenige, der „zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist, den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen hat“ (sogenannte Verwendungszinsen). Diese grundsätzliche Preisgabe des Naturalherstellungsprinzipes hat die Aufnahme einer Vorschrift notwendig gemacht, die im Falle seiner Geltung überflüssig wäre, daß nämlich da, wo die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht (jemand ist für eine fremde Sache Reparaturkosten schuldig geworden) der Ersatzberechtigte vom Ersatzpflichtigen Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann (§ 257).

Die Verpflichtung zur Rechenschaftslegung umfaßt die Pflicht zur Zusammenstellung einer die Einnahmen und Ausgaben enthaltenden, gegebenenfalls mit Belegen verbundenen Rechnung; die Verpflichtung, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über seinen Bestand Auskunft zu erteilen, die Pflicht zur Vorlegung eines Verzeichnisses. Wenn Grund zu der Annahme besteht, daß diese Pflichten nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erfüllt worden sind, und es sich nicht um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handelt, kann der Gläubiger vom Schuldner die Leistung des im Gesetz des näheren normierten Offenbarungseides verlangen (§§ 259—261).

II. Zeit und Ort der Leistung.

§ 10. Die Zeit der Leistung.

Der Zeitpunkt, in dem die Leistung bewirkt werden soll, heißt die Fälligkeit der Schuld. Gibt der Inhalt des Forderungsrechtes weder unmittelbar noch mittelbar über die Fälligkeit Auskunft, so tritt sie, falls für das konkrete Schuldverhältnis nicht ein Sonderrechtssatz eingreift, sofort mit der Entstehung des Schuldverhältnisses ein (§ 271 Abs. 1). Weist hingegen der Obligationsinhalt hinsichtlich seiner zeitlichen Seite eine Bestimmung auf, so ist natürlich diese maßgebend. Dabei kann die Fälligkeit von den Parteien entweder kalendermäßig fixiert oder durch einen dies zwar certus an, aber incertus quando festgelegt sein. Nicht selten wird kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung die Fälligkeit davon abhängig gemacht, daß eine der Parteien das Schuldverhältnis kündigt. Die Kündigung ist eine einseitige, dem anderen Teile gegenüber abzugebende Willenserklärung, mittelst deren der Kündigungsberechtigte der Obligation einen Endtermin setzt. Dadurch

daß die Kündigung nur für die Zukunft wirkt, die der Vergangenheit angehörigen Rechtsfolgen also unangetastet läßt, unterscheidet sie sich vom Rücktritt vom Vertrag. Der von der Kündigung gesetzte Endtermin kann mit dem Zeitpunkt ihres Zugehens zusammenfallen, tritt aber in der Regel erst ein, wenn seit letzterem eine gesetzlich oder vertraglich vorgesehene Mindestfrist, die sogenannte Kündigungsfrist verstrichen ist.

Im übrigen haben die Parteien es in der Hand, mit einer Fälligkeitsbestimmung, die sie treffen, einen sehr verschiedenartigen Sinn zu verbinden.

So kann einmal die subjektive Ausdehnung der Fälligkeit verschieden sein: letztere besagt nämlich entweder, daß vor ihrem Eintritt weder der Gläubiger die Leistung verlangen noch der Schuldner sie bewirken darf; oder sie bedeutet, daß ohne sie der Gläubiger zwar zur Forderung, der Schuldner aber von sich aus nicht zur Bewirkung der Leistung berechtigt ist; oder sie ist endlich so aufzufassen, daß der Schuldner zwar zur vorzeitigen Bewirkung, aber der Gläubiger nicht zum vorzeitigen Verlangen der Leistung befugt sein soll. Die erste Eventualität ist nicht häufig; die zweite sehr selten (kommt aber z. B. beim Verwahrungsvertrag vor; vgl. §§ 695, 696); die dritte ist der Normalfall. Wie im römischen Rechte gilt also auch heutzutage der Grundsatz: diei adiectio in dubio pro reo est, d. h. der Schuldner hat im Zweifel vor der Fälligkeit keine Leistungspflicht, aber ein Leistungsrecht.

Und sodann ist auch die objektive Tragweite der Fälligkeit einer verschiedenen Bemessung fähig. Die Parteien können nämlich einmal der Meinung sein, daß die Leistung nicht später als im Zeitpunkt der Fälligkeit erbringbar sei, daß sich also die in diesem Zeitpunkt verabsäumte Leistung nicht mehr nachholen lasse, sondern infolge Ablaufs der für sie maßgeblichen Zeit auf immer unmöglich geworden sei (sogenanntes Fixgeschäft). Oder aber die Fälligkeit ist nur dahin zu verstehen, daß die nach ihrem Verstreichen erbrachte Leistung keine pünktliche Leistung mehr sei und darum die Rechtswirkungen der unpünktlichen Leistung nach sich ziehe; daß aber die nachträgliche Leistung noch immer eine Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses bleibe und darum vom Gläubiger nicht ohne weiteres abgelehnt, noch weniger vom Schuldner ohne weiteres verweigert und durch Schadensersatz abgegolten werden könne. Soweit nicht Schuldverhältnisse durch Wendungen wie „genau zu der Zeit", „fest zu dem Tage", „nicht später als ausgemacht" den Charakter des Fixgeschäfts deutlich erkennen lassen, ist für die Fälligkeit von der zweiten der hier erwähnten Auffassungsmöglichkeiten auszugehen. Nur darf natürlich auch bei den Nicht-Fixgeschäften nicht aus der Tatsache, daß sie an sich eine nachträgliche Leistung zulassen, auf eine zeitlich unbegrenzte Erfüllbarkeit geschlossen werden. Sondern auch sie tragen eine je nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses näher oder ferner liegende zeitliche Grenze in sich, jenseits deren die Leistung aufhört, eine solche im Sinne der betreffenden Obligation zu sein, so daß wieder der Fall einer durch Zeitablauf herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung gegeben ist.

Für die Berechnung der sich aus dem Gesetz ergebenden oder von den Parteien vereinbarten Termine und Fristen gelten mangels abweichender Abrede oder relevanter Verkehrssitte die §§ 186ff. Für die im Gesetzbuch nicht geregelte Frage, zu welcher Tagesstunde der Schuldner zu leisten hat, sind ausschließlich Parteiabmachung und Verkehrsgebrauch maßgebend.

§ 11. Das Zurückbehaltungsrecht.

Trotz eingetretener Fälligkeit kann der Schuldner berechtigt sein, die ihm obliegende Leistung „zurückzubehalten". Solches Zurückbehaltungsrecht wird ihm vom Gesetz bisweilen da verliehen, wo er selbst eine fällige Forderung gegen den Gläubiger hat. Das Retentionsrecht soll dann dem Schuldner eine pfandähnliche

Sicherung geben; es soll ihn davor schützen, daß er seine Leistung aus der Hand gibt, um hinterher der problematischen Erfüllung seines Forderungsrechtes nachzujagen.

Der Erwerb des Zurückbehaltungsrechtes setzt voraus, daß sich dessen Gewährung nicht durch den ganzen Inhalt des Schuldverhältnisses verbietet, und daß die Forderung, deren Erfüllung aufgeschoben wird, und jene, um deren Sicherung es sich handelt, miteinander in sachlichem Zusammenhang stehen. Solche Konnexität liegt nach dem Gesetzbuch vor, wenn die Verpflichtung des Schuldners gegen den Gläubiger „aus demselben rechtlichen Verhältnis" wie sein Anspruch gegen ihn stammt (§ 273 Abt. 1). Das würde natürlich in erster Linie auf die Forderungen aus gegenseitigen Verträgen (Kauf, Miete, Werkvertrag usw.) zutreffen. Hier aber steigert sich das Zurückbehaltungsrecht zu der später noch zu besprechenden Einrede des nicht erfüllten Vertrags[1]). Hingegen kommen als Anwendungsfälle die actiones directae und contrariae der sogenannten unvollkommen zweiseitigen Schuldverhältnisse in Betracht (Leihe, Hinterlegung, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag)[2]), ohne daß damit die Erscheinungen erschöpft wären, wo das Rechtsverhältnis, auf dem die beiderseitigen Ansprüche beruhen, „nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als ein einheitliches zu betrachten ist". Außerdem sieht das Gesetzbuch, selbst wenn, juristisch genau genommen, solche Einheitlichkeit nicht vorliegen sollte, die Konnexität im Sinne des Zurückbehaltungsrechtes stets da als gegeben an, wo jemand einen (nicht durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangten) Gegenstand herauszugeben hat, auf den er entweder Erstattung heischende Auslagen gemacht oder durch den er einen ihm zu ersetzenden Schaden erlitten hat (§ 273 Abs. 2).

Nicht ist erforderlich für das Zurückbehaltungsrecht, daß die beiderseitigen Forderungen auf gleichartige Objekte gerichtet sind. Im Gegenteil: wo diese Voraussetzung zutrifft, bedarf es in der Regel keines Retentionsrechtes, da hier für gewöhnlich dem Schuldner das weitergehende Recht der Kompensation zusteht.

Zufolge des bloßen Sicherungszweckes des Zurückbehaltungsrechtes entfällt es, wenn der Gläubiger hinsichtlich der ihm obliegenden Leistung dem Schuldner anderweite (nicht in bloßer Bürgschaft bestehende) Sicherheit leistet (§ 273 Abs. 3). Und ebenso begrenzt der Sicherungszweck die Wirkung des Retentionsrechtes, insofern nämlich der Schuldner im Prozeß durch Vorschützen des Zurückbehaltungsrechtes nicht wie bei anderen Einreden die Klagabweisung, sondern nur die Verurteilung unter einer Einschränkung erzielt: seine Interessen sind genügend gewahrt, wenn er statt schlechthin, wie es ohne das Retentionsrecht der Fall sein würde, nur „zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung" (Erfüllung Zug um Zug) verurteilt wird (§ 274 Abs. 1 in Vbd. mit ZPO. §§ 726, 756, 765).

Von den besonderen Voraussetzungen und Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes wird im Handelsrecht die Rede sein.

§ 12. Der Ort der Leistung.

Die Lokalisierung der Leistungspflicht hat einen zweifachen Sinn, je nachdem man mehr die tatsächliche oder mehr die rechtliche Seite des Leistungsvorganges ins Auge faßt. In dem einen Falle handelt es sich um den Ort, an dem der Gläubiger die geschuldete Leistung bekommen, im andern Falle um den Ort, an dem allein der Schuldner tätig werden und dem allein er hinsichtlich der seine Leistungspflicht nach Art und Umfang bestimmenden Faktoren, soweit sie örtlich bedingt sind, unterworfen sein soll. Den ersteren Ort kann man, je nachdem man ihn vom Standpunkt der Ware, des Schuldners oder des Gläubigers betrachtet, als Bestimmungsort, Ablieferungsort oder Annahmeort bezeichnen. Der letztere Ort heißt

[1]) Siehe unten § 17.

[2]) Vgl. hierzu wieder unten § 17 am Anfang.

für gewöhnlich (so auch in der Sprache der ZPO.) „Erfüllungsort"; das BGB. nennt ihn „Leistungsort". Ablieferungsort und Erfüllungsort können zusammenfallen und fallen häufig zusammen: so wenn ein Frankfurter Pferdehändler ein in Frankfurt lieferbares Pferd verkauft. Sie können aber auch auseinanderfallen: so wenn ein Käufer in Frankfurt bei einer Berliner Möbelfirma einen Schrank bestellt. Dann ist der Schrank in Frankfurt abzuliefern und die Berliner Firma hat ihn an diesen Bestimmungsort zu senden. Daß trotzdem Berlin Erfüllungsort bleibt, kommt einmal darin zum Ausdruck, daß vom Frankfurter Käufer die Gefahr und die Kosten des Transportes zu tragen sind. Es hat eben der Verkäufer durch seine in Berlin entfaltete Tätigkeit der ihm aus dem Schuldverhältnis obliegenden Verpflichtung Genüge getan. Aber selbst wenn der Verkäufer die Kosten (§ 269 Abs. 4), ja selbst wenn er die Gefahr des Transportes übernommen hätte, brauchte damit noch nicht notwendigerweise Berlin den Charakter des Erfüllungsortes verloren zu haben. Denn die Bedeutung des Erfüllungsortes erschöpft sich nicht in der Verteilung von Gefahr und Kosten des Transportes. Sondern der Erfüllungsort stellt gewissermaßen den „Sitz" oder den „Heimatsort" des Schuldverhältnisses dar, was seine Wirkung unter anderem darin äußert, daß bei einer großen Zahl von Schuldverhältnissen der Schuldner am Erfüllungsort verklagt werden kann, auch wenn er dort seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht hat (forum solutionis; § 29 ZPO.); daß ferner da, wo Verkehrssitte und Geschäftsgebrauch über den Inhalt eines Schuldverhältnisses entscheiden, nach hergebrachter Lehre die des Erfüllungsortes maßgebend sind (vgl. auch § 361 HGB.); und daß wenn über die Beherrschung des Schuldverhältnisses verschiedene Rechtsordnungen miteinander streiten, nach einer im internationalen Privatrecht weitverbreiteten, wenn auch bestrittenen Ansicht die Obligation dem am Erfüllungsort geltenden Normenkomplex zu unterstellen ist.

Welcher Ort im einzelnen Falle als Erfüllungsort und welcher als Ablieferungsort in Betracht kommt, hängt von dem Inhalt ab, den die Parteien dem Schuldverhältnis gegeben haben. Läßt sich dem Inhalt darüber nichts entnehmen, so hat nach § 269 Abs. 1 und 2 die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung hatte. Unter dem für die Leistung bestimmten Orte im Sinne dieses Paragraphen ist sowohl der Erfüllungs- wie der Ablieferungsort zu verstehen. Die Schulden sind also im Zweifel nicht Bringschulden, sondern Holschulden. Nur da, wo Geld geschuldet ist, hat es der Schuldner mangels gegenteiliger Abmachung dem Gläubiger an dessen Wohnsitz oder Gewerbeort zu übermitteln. Von dieser Sondervorschrift für Geldschulden wird aber, obwohl Gefahr und Kosten der Übermittlung für gewöhnlich der Schuldner zu tragen hat, nur der Ablieferungsort, nicht auch der Erfüllungsort getroffen (§ 270).

Über das Leistungslokal enthält das Gesetz ebensowenig eine Bestimmung, wie vorhin über die Leistungsstunde. Hier greift normierend die Verkehrsgewohnheit ein.

Zweites Kapitel.

Die Entstehung des Schuldverhältnisses.

§ 13. Allgemeines.

Für die Schuldverhältnisse gibt es einen doppelten Entstehungsgrund. Die Rechtsordnung läßt jemanden zum Schuldner entweder deshalb werden, weil er selbst erklärt hat, Schuldner sein zu wollen: sie vollstreckt hier gewissermaßen, indem sie ihm die Schuldnerrolle aufbürdet, nur den eigenen Willen des Schuldners; oder

sie läßt jemanden aus einem Schuldverhältnis verpflichtet werden ohne Rücksicht darauf, ob er einen Willen zu solcher Verpflichtung zu erkennen gegeben hat: sie ignoriert hier also die Stellungnahme des Schuldners zu der ihm auferlegten Gebundenheit. In dem einen Falle entstammt das Schuldverhältnis einem Rechtsgeschäft, im andern Falle hat es keine rechtsgeschäftliche Grundlage, sondern ruht lediglich auf dem Gesetz.

Da, wo es sich um Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften handelt, kann wiederum die Rechtsordnung die Entstehung der Schuldverbindlichkeit entweder an die einseitige Erklärung des Schuldners anknüpfen, oder sie kann die schuldbegründende Wirkung der Erklärung von deren Annahme durch den anderen Teil, also vom Abschluß eines Schuldvertrags abhängig machen. Nach § 305 ist zur Erzeugung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses grundsätzlich ein Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich und genügt eine einseitige Erklärung des Schuldners nur da, wo das Gesetz (wie z. B. bei der Auslobung) solche Ausnahme ausdrücklich zuläßt.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die nicht auf ein Rechtsgeschäft, sondern unmittelbar auf das Gesetz basierten Schuldverhältnisse einer gemeinschaftlichen Betrachtungsweise hinsichtlich ihres Entstehungsgrundes nicht fähig sind. Sondern bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen bleibt nichts anderes übrig, als — wie wir es im zweiten Kapitel unseres zweiten Teiles tun werden — die einzelnen Tatbestände zu beschreiben, deren Vorliegen das Schuldverhältnis ins Leben ruft. Hingegen vertragen und verlangen die rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse zufolge des gemeinsamen Ursprungs, den sie haben, neben der später vorzunehmenden Untersuchung ihrer wichtigsten einzelnen Erscheinungsformen eine zusammenfassende Behandlung, die teils die Grenzen der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit, teils eine Reihe von Differenzierungen betrifft, die zwar Unterarten der Vertragsobligation erzeugen, aber von zu allgemeiner Natur sind, als daß sie zu „einzelnen Schuldverhältnissen“ in dem eben angedeuteten Sinne führten und die darum vor ihnen zur Erörterung zu stellen sind.

§ 14. Grenzen der schuldnerischen Vertragsfreiheit.

Das BGB. läßt den Parteien grundsätzlich freie Hand in der Eingehung von Schuldverträgen. Zwar hat es, wie schon mehrfach erwähnt wurde, unter der Überschrift „Einzelne Schuldverhältnisse“ die im täglichen Leben am häufigsten auftretenden Obligationen (Kauf, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag, Darlehn usw.) von sich aus, und zum Teile sogar in sehr detaillierter Weise, geregelt. Aber ganz abgesehen davon, daß es sich hierbei in der Hauptsache um nachgiebige Rechtssätze handelt, ist es den Parteien unbenommen, Verträge abzuschließen, die keinen der vom Gesetz mit Sonderrechtssätzen ausgestatteten Typen entsprechen. Sie können auch Kombinationen von gesetzlichen Vertragstypen vornehmen, z. B. ein Schuldverhältnis begründen, das sowohl die Merkmale des Dienstvertrags wie der Miete oder sowohl die des Kaufes wie der Schenkung aufweist (sogenannte gemischte Verträge). Nur gilt auch von der weitherzigen Vertragsfreiheit, die das moderne Recht gewährt, der Satz: sunt certi denique fines.

1. Solche Schranken betreffen einmal den Inhalt des Schuldvertrags. In ihn greift das Gesetz bisweilen aus Gründen des Gemeinwohls durch zwingende Rechtssätze ein. Davon wird bei denjenigen Schuldverhältnissen, wo es geschieht, zu reden sein. Von allgemeiner Natur aber sind folgende den Schuldverträgen gezogene Grenzen.

Eine Obligation darf nicht von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein und wo sie es ist, kommt kein gültiger Schuldvertrag zustande, es müßte denn die im Moment der Geschäftserrichtung vorhandene Unmöglichkeit

bis zur Fälligkeit der Leistung behoben sein (§§ 306, 308). Soweit Nichtigkeit vorliegt, hat derjenige Teil, dem die Unmöglichkeit der Leistung bei Vertragsschluß bekannt war oder bekannt sein mußte, dem Gegner das negative Geschäftsinteresse zu ersetzen (§ 307)[1]. Doch gelten diese Rechtssätze nur für die sogenannte objektive Unmöglichkeit der Leistung, worunter die Doktrin die Fälle von Hindernissen zusammenfaßt, denen zufolge die Leistung nicht nur nicht vom Schuldner, sondern überhaupt von niemandem bewirkt werden kann. Ungeregelt sind im Gesetzbuch die Fälle geblieben, wo der Schuldner eine Leistung verspricht, die er zwar von Anbeginn nicht zu erbringen vermag, die andere als er aber erbringen könnten („Unvermögen des Schuldners zur Leistung"): der Vermieter ist zur Gebrauchsüberlassung außerstande, weil ihm der Mietgegenstand schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht gehörte oder gestohlen war. Solche anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung macht den Schuldvertrag nicht nichtig. Ob sie für den Gläubiger einen Schadensersatzanspruch erzeugt oder für den Schuldner einen Befreiungsgrund abgibt, hängt davon ab, ob den Schuldner an der Eingehung des für ihn nicht erfüllbaren Vertrags ein Verschulden trifft. Ein von jedem Verschulden des Gegners unabhängiger Ersatzanspruch ist dem Gläubiger nach richtiger, wenn auch sehr bestrittener Ansicht nur da zuzuerkennen, wo der Schuldner entweder garantiert hat für die Leistungsmöglichkeit im Zeitpunkt der Geschäftserrichtung oder wo ihm die Rechtsordnung von sich aus solche unbedingte Haftung bei bestimmten Verträgen durch Sonderrechtssatz auferlegt hat, wie das z. B. hinsichtlich der den Verkäufer treffenden Rechtsmängelhaftung geschehen ist. Auf die kritische Frage nach der Notwendigkeit oder Entbehrlichkeit der dem Gesetzbuch zugrunde liegenden Unterscheidung von anfänglicher objektiver und anfänglicher subjektiver Leistungsunmöglichkeit kann hier nicht eingegangen werden.

Die verbotene Leistung ist an sich noch keine unmögliche Leistung. Wo sich aber aus dem Inhalt des Verbotsgesetzes die Nichtigkeit des ihm zuwiderlaufenden Vertrags ergibt, erfahren der auf eine verbotene und der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag die gleiche rechtliche Behandlung (§§ 134, 309).

Daß eine unsittliche Leistung nicht Gegenstand eines wirksamen Schuldvertrags sein kann, ergibt sich schon aus § 138. In zwei Fällen hat das Gesetzbuch jeden Zweifel darüber, ob das Versprechen einen unsittlichen Charakter habe, durch eine positive Bestimmung beseitigt, indem es einmal in § 310 dem Vertrag die Gültigkeit abspricht, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten", und indem es ferner in § 312 Abs. 1 den Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus solchem Nachlaß für nichtig erklärt. Nur dann macht es aus Gründen des wirtschaftlichen Bedürfnisses, wie es namentlich im Falle der Auswanderung eintreten kann, eine Ausnahme von der Nichtigkeit der letzteren Verträge, wenn diese abgeschlossen werden „unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen". Ein solcher Vertrag, der natürlich zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden und nicht zu denen von Todes wegen gehört und der immer nur obligationsrechtliche und niemals erbrechtliche Wirkungen äußert, bedarf aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 312 Abs. 2).

2. Der letztere Punkt berührt bereits die andere der Vertragsfreiheit in einzelnen Fällen gezogene Schranke: es müssen nämlich bisweilen die Schuldversprechen, wenn sie gültig sein sollen, in bestimmter Form abgegeben sein. Hierher gehört außer der eben erwähnten Bestimmung die Vorschrift des § 311, daß ein Vertrag,

---

[1]) Über diesen Begriff oben S. 18f.

„durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten", wiederum gerichtlich oder notariell beurkundet sein muß. Und die gleiche Form verlangt § 313 S. 1 für alle Geschäfte, durch die sich „der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen". Man hat hier im Hinblick auf die volkswirtschaftliche Bedeutung des Grundbesitzes die Bindung an ein leicht hingeworfenes Wort (die sogenannten Bierbankgeschäfte) verhüten und dem unsoliden Grundstückshandel auf diese Weise das Wasser abgraben wollen. Ob dieser Zweck durch jene Vorschrift erreicht worden ist, erscheint freilich fraglich; die Meinungen über ihren Wert gehen in den beteiligten Kreisen stark auseinander. Der Tendenz des § 313, der Übereilung vorzubeugen, entspricht es, daß wenn der Eigentümer einen formlosen und darum nichtigen Grundstücksveräußerungsvertrag freiwillig erfüllt und so die Ernstlichkeit seiner Veräußerungsabsicht genugsam dargetan hat, eine Konvaleszenz des bis dahin unwirksamen Vertrags eintritt. Das Gesetz hat letztere in Satz 2 des § 313 mit den Worten angeordnet: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."

Neben diesen Bestimmungen, die für ganze Gruppen von Schuldverträgen eine besondere Form der Eingehung vorsehen, werden uns gesetzliche Formvorschriften später noch bei einer Reihe einzelner Schuldverhältnisse begegnen. Darüber hinaus können die Parteien von sich aus die Gültigkeit jedweden Schuldversprechens von der Beobachtung einer Form, sei es der bloßen Schriftlichkeit, sei es der öffentlichen Beglaubigung oder Beurkundung abhängig machen. Eine von den Parteien häufig gewählte Formalisierung des Vertragsabschlusses ist das sogenannte Draufgeld (Handgeld, arrha). Bisweilen wird es schon während der Vorverhandlungen von einem Teile dem anderen gegeben als Zeichen des ernstlichen auf Vertragsabschluß gerichteten Willens. Für gewöhnlich aber dient es — und das Gesetzbuch hat in § 336 Abs. 1 eine dahingehende Vermutung aufgestellt — als Symbol des abgeschlossenen Vertrags. Mitunter hat es nach dem Willen der Parteien noch die weitergehende Bedeutung, daß der Geber des Draufgelds berechtigt sein soll, gegen Verzicht auf seine Rückgabe vom Vertrag zurückzutreten. Das Gesetzbuch spricht aber für den Regelfall der Draufgabe die Natur solchen Reugelds ab (§ 336 Abs. 2). Die Frage, ob sich der Empfänger die Draufgabe auf die ihm vom andern Teile aus dem Vertrag geschuldete Leistung anrechnen lassen müsse, ist vom Gesetz in den §§ 337, 338 durch eine Reihe dispositiver Rechtssätze geregelt, die indessen sehr häufig hinter abweichenden Verkehrssitten zurückstehen müssen.

3. Die stärkste der Vertragsfreiheit angelegte Fessel liegt da vor, wo die Rechtsordnung es nicht mehr der freien Entschließung der Parteien überläßt, ob sie überhaupt einen Schuldvertrag eingehen wollen, sondern dem einen Teile den Abschluß eines Schuldvertrags bestimmten Inhalts mit dem Gegner geradezu aufzwingt. Man spricht in diesen Fällen von Kontrahierungszwang.

Solcher Kontrahierungszwang kann einmal unmittelbar vom Gesetz ausgehen: so sind die Eisenbahnen schon seit langem durch die für sie geltenden Spezialnormen verpflichtet, jeden ihnen angetragenen reglementsmäßigen Transportvertrag abzuschließen, und es ist bekannt, daß der Krieg mit seiner gebundenen Wirtschaft die Fälle solchen Kontrahierungszwanges stark vermehrt hat und manche von ihnen (man denke an den Zwangsmietvertrag) werden voraussichtlich nicht so bald wieder aus dem Rechtsleben verschwinden.

Ein Kontrahierungszwang kann aber auch von den Parteien selbst geschaffen werden durch Eingehung eines sogenannten Vorvertrags, d. h. eines Vertrags, in dem sie sich wechselseitig die künftige Errichtung eines anderen Ver-

trags, eben des Hauptvertrags versprechen. Dann kann aus dem Vorvertrag jeder Teil auf Abschluß des Hauptvertrags klagen. Solche Vorverträge kommen namentlich als Vorbereitung künftiger Realkontrakte vor (Versprechen künftigen Darlehns, künftiger Leihe, künftigen Pfandes), sind aber auch als Vorbereitung von Konsensualkontrakten denkbar (Vereinbarung künftigen Kaufvertrags, künftigen Mietvertrags). Von Wichtigkeit ist die Frage, inwieweit da, wo der Hauptvertrag vom Gesetz an eine bestimmte Form gebunden ist, diese Formvorschrift auch für den Vorvertrag gilt. Man wird hier unterscheiden müssen, welchen Zwecken die Formvorschrift dient. Wo diese die Parteien vor Übereilung schützen, also ihre Interessen wahren will (wie beim Grundstückskauf, dem Bürgschaftsversprechen), muß man das Formerfordernis, wenn man nicht seine Umgehung völlig freigeben will, auch auf den Vorvertrag ausdehnen. Wo hingegen das Hauptgeschäft aus Gründen der Verkehrssicherheit formbedürftig ist, liegt ein Anlaß zur Formalisierung auch des Vorvertrags nicht vor: niemand wird auf das Versprechen, einem anderen einen Wechsel auszustellen, die Formvorschriften vom Wechsel anwenden wollen.

Nicht zu den Vorverträgen gehören die sogenannten Normenverträge. In ihnen verpflichten sich die Parteien nicht zu einem späteren Vertragsschluß, sondern sie vereinbaren, daß wenn sie später unter sich oder mit dritten Personen Verträge eingehen, diese den von ihnen im voraus bestimmten Inhalt haben sollen. Mehrere Fabrikanten legen in einer Preiskonvention die Beträge fest, zu denen sie ihre Produkte absetzen wollen. Der bekannteste, überdies von Sonderrechtssätzen beherrschte Normenvertrag ist der im Arbeitsrecht darzustellende Tarifvertrag.

§ 15. Abstrakte Schuldverträge.

Bei einer Vermögenszuwendung, mag sie sich als Verfügungs- oder als Verpflichtungsgeschäft darstellen, kommen auf seiten des Zuwendenden sehr verschiedene Zweckvorstellungen in Betracht. Die eine ist auf Vornahme des Zuwendungsaktes als solchen gerichtet; sie betrifft den unmittelbaren juristischen Zweck, den der Zuwendende im Moment der Geschäftserrichtung im Auge hat: er will Eigentum übertragen, ein Schuldversprechen abgeben usw. Dem entgegengesetzt sind die entfernteren wirtschaftlichen Zwecke, die der Zuwendende verfolgt und die in der Befriedigung von Bedürfnissen und Interessen, sei es eigenen, sei es fremden, bestehen: er will einem anderen aus einer Not helfen oder eine Freude machen oder auf dem Umweg der Zuwendung eine Vermögensverschiebung herbeiführen, deren er selbst zu seinem Unterhalt oder seiner Berufsausübung oder aus sonstigem Anlaß bedarf. Zwischen jenen beiden Gruppen von Zwecken liegt aber noch eine dritte in der Mitte. Jede Zuwendung soll nämlich außer der unmittelbaren noch eine mittelbare rechtliche Wirkung erzeugen und wurzelt darum noch in einem weiteren juristischen Beweggrund, der weder mit jenen außerhalb des Zuwendungsgeschäftes sich bewegenden Wünschen und Hoffnungen, noch mit dem erst gedachten Geschäftswillen identisch ist: der Zuwendende beabsichtigt, mit der Zuwendung eine ihm obliegende Rechtspflicht zu erfüllen oder ein Forderungsrecht zu erwerben oder eine Schenkung zu machen oder eine Sicherheit zu leisten oder einen anderen derartigen Rechtseffekt zu erzielen. Dieser mittelbare rechtliche Zweck, der jedem Zuwendenden vorschwebt, heißt mit seinem technischen Namen der Rechtsgrund oder die causa der Zuwendung (causa solvendi, credendi, donandi, cavendi usw.). Nach den Gesetzen der Jurisprudenz und der Psychologie muß jede Zuwendung von einer solchem Rechtsgrund, solcher causa entsprechenden Zweckvorstellung begleitet sein. Aber das Verhältnis der causa zur Zuwendung vermag ein sehr verschiedenes zu sein. Die Zuwendung kann nach ihrer verkehrsmäßigen Bestimmung entweder nur einer einzigen causa dienstbar

sein oder sie kann von der Rechtsordnung mit der Fähigkeit ausgestattet sein abwechselnd der einen oder der anderen causa zu dienen. Das erstere Verhältnis hat eine sehr enge, das zweite eine viel losere Abhängigkeit der Zuwendung von der causa zur Folge. Dort spricht darum die Doktrin von kausaler, hier von abstrakter Zuwendung. Der Gegensatz von kausaler und abstrakter Zuwendung bedeutet also nicht, daß nur die erstere eine causa habe. Denn es gibt, wie gesagt, keine Zuwendung, deren Vornahme nicht unter dem Zeichen einer bestimmten causa stünde. Der Gegensatz liegt auch nicht, wie oft gelehrt worden ist, darin, daß die kausale Zuwendung ihre causa erkennen lasse, während die abstrakte sie verschweige. Ein Schuldversprechen abstrakten Charakters verliert diesen nicht dadurch, daß es überflüssigerweise die causa nennt, um derentwillen es abgegeben worden ist. Sondern der Unterschied von kausaler und abstrakter Zuwendung besteht allein darin, daß erstere nach ihrer typischen Ausgestaltung immer nur mit einer bestimmten causa, mit dieser aber auch sehr eng verkettet ist, während letztere bald mit der einen bald mit der anderen causa eine Verbindung eingeht, die aber dafür jedesmal eine viel lockerere ist. Wer in einem Kaufvertrag eine Leistung verspricht, tut es — juristisch betrachtet — nur, um das Forderungsrecht auf die Gegenleistung zu erwerben, also credendi causa, und sein Versprechen ist darum unlöslich mit dem Bestand des Kaufvertrags verbunden. Wer Eigentum überträgt, oder einen Wechsel ausstellt, tut es entweder, um eine Schuld zu tilgen oder um ein Darlehen zu gewähren oder um zu schenken oder um Kaution zu leisten, und bei der Vielheit der hier möglichen Zwecke erlangt die Zuwendung, falls die Parteien nicht das Gegenteil ausgemacht haben, Wirksamkeit, auch wenn der mit ihr verfolgte juristische Zweck nicht erreicht sein sollte. Doch stempelt solchenfalls der Mangel der causa die Zuwendung zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers und kann darum im Wege der später zu besprechenden Bereicherungsklagen, bei Verpflichtungsgeschäften überdies im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Es ist also auch die abstrakte Zuwendung von ihrer causa nicht unabhängig; aber sie ist von ihr in geringerem Maße abhängig, als die kausale.

Zufolge dieser relativen Selbständigkeit gegenüber der causa birgt die abstrakte Zuwendung gewisse Gefahren für den Zuwendenden in sich. Das gilt schon von den Verfügungsgeschäften. Es gilt vor allem aber von den uns hier allein interessierenden Verpflichtungsgeschäften: denn während beispielsweise der auf den Kaufpreis klagende Verkäufer das Zustandekommen des Kaufvertrags, also die Einigung über Ware und Preis, behaupten und beweisen, eventuell noch andere, die Geschäftsgültigkeit oder doch wenigstens die Forderungsreife bedingende Momente (wie etwa die eigene Vorleistung bzw. Leistungsbereitschaft) dartun muß, braucht der aus einem abstrakten Schuldversprechen vorgehende Gläubiger sich nur auf die Tatsache der Versprechensabgabe zu berufen und nur diese unter Beweis zu stellen, und kann es dem Schuldner überlassen, ob er seinerseits die causa aufdecken und daraus Einwendungen gegen den gläubigerischen Anspruch ableiten will. Diese Gefährlichkeit des abstrakten Schuldversprechens fällt da nicht schwer ins Gewicht, wo es im Gewand von Rechtsfiguren auftritt, die nach ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung wie nach ihrer juristischen Ausgestaltung und nach dem Personenkreis, in dem sie ihre Hauptrolle spielen, gewisse Kautelen gegen unvorsichtige Benutzung durch unerfahrene Schuldner gewähren. So bei dem im Handelsrecht darzustellenden Wechsel, bei dem später zu erörternden Inhaberpapier und der alsbald zu behandelnden Anweisung. Hingegen ist es von jeher ein schwieriges gesetzgeberisches Problem gewesen, ob über solche Einzelfälle hinaus dem Schuldversprechen, das „selbständig" (soll heißen: ohne sich seiner causa als Stütze zu bedienen) eine Leistungspflicht begründen will, Wirksamkeit zuzuerkennen sei. Im Einklang mit den Anschauungen, die sich zuletzt im gemeinen Rechte als herr-

schend durchgesetzt hatten, hat das BGB. die Frage grundsätzlich bejaht, hat aber, soweit nicht (wie beim schenkungshalber erteilten Versprechen) zufolge der in Betracht kommenden causa die Beobachtung einer noch qualifizierteren Form vonnöten ist, in § 780 für die Gültigkeit schriftliche Versprechensabgabe (nicht auch schriftliche Versprechensannahme) verlangt. Dabei ist es einerlei, ob der Verpflichtungsakt des Schuldners sich selbst als Schuldversprechen, oder ob er sich als Schuldanerkenntnis bezeichnet (§ 781)[1] Zwar kann das Schuldanerkenntnis möglicherweise einen bloßen Schuldschein, also eine bloße Beweisurkunde bedeuten, der gegenüber der Schuldner zur Führung des Gegenbeweises berechtigt ist, daß das darin bezeugte Schuldverhältnis nicht, oder nicht so wie bezeugt, bestehe. Da aber, wo nach dem Willen der Parteien das schriftliche Schuldanerkenntnis sich als selbständiger Verpflichtungsgrund darstellt, kann sich trotz seiner scheinbaren Anlehnung an ein bereits bestehendes Schuldverhältnis der Schuldner von ihm nicht durch den Nachweis der Nichtexistenz oder der andersartigen Existenz dieses Schuldverhältnisses befreien. Vielmehr vermag er von der im abstrakten Schuldanerkenntnis liegenden Zuwendung nur dadurch loszukommen, daß er die causa aufdeckt, um derentwillen er es abgegeben, und den Mangel dartut, an dem sie nach seiner Meinung leide.

Von dem Erfordernis der Schriftlichkeit hat das Gesetz dispensiert bei denjenigen Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen, die „auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs" erteilt werden (§ 782). Daß in solchen Fällen ein mündlicher Verpflichtungsakt genügt, wird man rechtspolitisch gutheißen müssen. Nur darf man billigerweise zweifeln, ob da, wo ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis Bestandteil eines Vergleichs oder einer Abrechnung geworden ist, überhaupt noch eine abstrakte Zuwendung vorliegt. Denn der Gläubiger, der sein Forderungsrecht aus dem mündlichen Versprechen geltend macht, muß behaupten und gegebenenfalls beweisen, daß letzterem die causa des Vergleichs oder der Abrechnung zugrunde liegt[2]).

Das Gesetzbuch hat die abstrakten Schuldverpflichtungen im besonderen Teile des Obligationenrechts, also im Rahmen der einzelnen Schuldverhältnisse geregelt. Aber da sie fähig und bestimmt sind, in den Dienst sehr verschiedener rechtlicher Zwecke zu treten, haben sie ihren systematischen Platz richtigerweise in den allgemeinen Lehren von der Entstehung der Forderungsrechte.

§ 16. Die Anweisung.

Auch die Anweisung ist vom Gesetzbuch unter die besonderen Schuldverhältnisse gestellt, gehört aber wegen der Vielheit der rechtlichen Ziele, die mit ihr verfolgt werden können, in den allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Unter Anweisung versteht das Gesetz eine vom Anweisenden ausgestellte, an den Angewiesenen adressierte, dem Anweisungsempfänger ausgehändigte Urkunde, in der der Assignant diese Personen zu einem Handeln ermächtigt, das in ihrem eigenen Namen, aber auf seine Rechnung erfolgen soll: nämlich den Assignaten ermächtigt, die in der Anweisung genannte, in Geld oder Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen bestehende Leistung an den Assignatar zu bewirken; den Assignatar,

---

[1]) Beispiele für abstrakte Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnisse: „Herrn Kaufmann Friedrich Schulze bin ich aus verschiedenen Kaufverträgen noch einen Restbetrag von 50000 Mark schuldig. Hierdurch verpflichte ich mich, Herrn Schulze den Betrag von Mark 50000 am 1. April 1924 nebst 5% Zinsen seit dem 1. Januar 1922 porto- und spesenfrei zu bezahlen. Leipzig, 8. April 1923. Arnold Müller." Oder: „Hiermit erkenne ich an, als Erbe meines Vaters Herrn Karl Funke noch 100000 Mark schuldig zu sein, und verspreche, diese Schuld vom 1. Januar nächsten Jahres an in vier Quartalsraten zu bezahlen. Berlin, am 23. Oktober 1922. Robert Fischer."

[2]) Über den Vergleich siehe unten § 18.

sich die den Inhalt der Anweisung bildenden Gegenstände leisten zu lassen[1]). Da die Anweisung den Assignaten und den Assignatar zum Handeln im eigenen Namen ermächtigt, ist sie keine Vollmacht; da sie zum Handeln lediglich ermächtigt, erzeugt sie keine Handlungspflicht und demnach kein Auftragsverhältnis. Sondern soweit der Angewiesene zur Bewirkung oder der Anweisungsempfänger zur Erhebung der Leistung dem Anweisenden gegenüber verpflichtet sein sollte. würden solche Pflichten nicht der Ausfluß der einseitig vom Assignanten ausgestellten Anweisung, sondern die Folge anderweitig zwischen dem Anweisenden und den beiden anderen Beteiligten vorhandener Rechtsbeziehungen sein.

Die Gründe, warum der Assignant dem Assignatar eine solche Anweisung aushändigt, können mannigfacher Art sein. Er ist vielleicht Schuldner des Anweisungsempfängers und möchte die Schuld im Wege der auf seine, des Assignanten. Rechnung erfolgenden Leistung des Angewiesenen tilgen. Oder der Assignatar hat ihn um ein Darlehn oder um eine Schenkung gebeten und mangels Barmittel kommt er diesem Ansinnen dadurch nach, daß er auf seine Kosten die begehrte Summe durch den Dritten auszahlen läßt. Unabhängig davon, ob sich aus diesem Innenverhältnis von Assignanten und Assignatar, dem sogenannten Valutaverhältnis, eine Verpflichtung des Anweisungsempfängers zur Geltendmachung der Anweisung ergibt, ist er kraft Gesetzes gehalten, wenn er von der Anweisung keinen Gebrauch machen kann oder will oder sie vom Angewiesenen nicht honoriert wird, dem Anweisenden unverzüglich Anzeige zu erstatten (§ 789). Und weil die Aushändigung der Anweisung zunächst nur eine einseitige Ermächtigung des Anweisenden darstellt, kann letzterer sie in diesem Stadium durch Erklärung gegenüber dem Angewiesenen widerrufen, und zwar selbst dann, wenn er durch den Widerruf eine Verpflichtung verletzen sollte, die ihm nach dem Valutaverhältnis dem Assignatar gegenüber obläge (§ 790).

Die weitere Entwicklung der durch die Erteilung der Anweisung geschaffenen Rechtslage hängt von den Umständen ab. Normalerweise wird der Empfänger die Urkunde alsbald dem Angewiesenen vorlegen mit der Aufforderung, die darin genannte Leistung zu bewirken. Da die Anweisung, wie wir sahen, eine Verpflichtung zur Leistung für den Angewiesenen nicht begründet, wird dieser sich zur Leistungsbewirkung nur verstehen, wenn ein sie motivierendes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Anweisenden obwaltet oder durch die Leistung geschaffen werden soll. So hat vielleicht der Assignat früher einen Vertrag mit dem Assignanten geschlossen, in dem er sich verpflichtet hat, von letzterem ausgestellte Anweisungen einzulösen. Die Tatsache, daß der Angewiesene dem Anweisenden gleiche Gegenstände, wie sie den Inhalt der Anweisung bilden, schuldig ist, reicht allein nicht aus, um eine solche Verpflichtung des Angewiesenen zu erzeugen (§ 787 Abs. 2). Aber regelmäßig wird dieser sich durch sie zur Leistung veranlaßt fühlen, da die Zahlung auf Rechnung des Anweisenden geht und es dem Assignaten einerlei sein kann, ob er die Schuldsumme an seinen Gläubiger direkt oder für ihn an einen Dritten abführt. Denkbar ist auch, daß der Assignat sich ohne jede Deckung zu der angewiesenen Leistung versteht, weil er mittels ihrer dem Anweisenden kreditieren oder eine Schenkung machen will. So kann sich aus dem Innenverhältnis von Anweisendem und Angewiesenem, dem sogenannten Deckungsverhältnis, eine sehr verschiedenfache causa für die Honorierung der Anweisung ergeben.

Möglich ist, daß die Anweisung nicht auf eine sofort zu bewirkende, sondern auf eine befristete Leistung lautet. Dann ist der Assignatar zur sofortigen Erhe-

[1]) Die Urkunde braucht sich weder des Wortes „Anweisung" noch des Wortes „Ermächtigung" zu bedienen. Folgende Fassung würde beispielsweise für eine Anweisung ausreichen: „Herrn Fabrikbesitzer Karl Stern in Leipzig. Belieben Sie, an Herrn Rentner Woldemar Förster in Magdeburg hunderttausend Mark zu zahlen und mir in Rechnung zu stellen. Frankfurt a. Main, 13. III. 23. Rudolf Lehmann."

bung der Leistung nicht ermächtigt. Auf der anderen Seite hat er ein naheliegendes Interesse daran, schon jetzt zu erfahren, ob der Angewiesene zur späteren Bewirkung der Leistung willens sei. Darum kann er die Anweisung, die er dem Assignaten zur Zahlung noch nicht präsentieren könnte, einstweilen zur „Annahme", d. h. zur Ergänzung der Urkunde mit einem schriftlichen Annahmevermerk vorlegen (§ 784 Abs. 2 S. 1). Zu solcher Annahmeerklärung ist der Assignat aus der Anweisung so wenig wie zur späteren Leistungsbewirkung verpflichtet. Wo aber der Assignat für die letztere eine causa als gegeben ansieht, wird er sich aus dem gleichen Rechtsgrund auch zur Annahme der Anweisung verstehen. Nimmt er an, so bedeutet das ein selbständiges Schuldversprechen gegenüber dem Assignatar: dieser hat jetzt aus der Anweisung einen (nach § 786 einer dreijährigen Verjährung unterworfenen) Anspruch gegen den Assignaten erworben, so daß letzterer nunmehr zur Leistungsbewirkung nicht bloß dem Anweisenden gegenüber berechtigt, sondern dem Anweisungsempfänger gegenüber verpflichtet ist (§ 784 Abs. 1 Halbsatz 1). Darum läßt auch das Gesetzbuch das vorhin erwähnte Widerrufsrecht des Assignanten nicht erst mit der Leistung des Assignaten, sondern schon mit dessen Annahmeerklärung erlöschen. Da hingegen das in der Annahme enthaltene Schuldversprechen, wenn schon eine Zuwendung des Assignaten an den Assignatar, so doch nicht die diesem vom Anweisenden in Aussicht gestellte Zuwendung ist, so kann dort, wo der Anweisung im Verhältnis von Assignant und Assignatar die causa solvendi zugrunde liegt, mit der Annahme die Schuld des Anweisenden nicht getilgt sein: non solvit, qui reum delegat; Anweisung ist noch keine Zahlung (§ 788).

Obwohl die Annahme ein Schuldversprechen des Assignaten gegenüber dem Assignatar bedeutet, liegt die causa dieses Versprechens ausschließlich in dem Deckungsverhältnis zum Assignanten. Aber es ist das Schuldversprechen völlig unabhängig von dieser causa, es ist vom Gesetzbuch in so starkem Maße als abstraktes Schuldversprechen geformt, daß dem Schuldner alle Einwendungen abgeschnitten sind, die in seinen oder gar in des Assignatars Kausalbeziehungen zum Assignanten wurzeln. Er kann vielmehr seinem Gläubiger „nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalt der Anweisung oder dem Inhalt der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen" (§ 784 Abs. 1 Halbs. 2). So vermag der Angewiesene, der seinen Annahmevermerk auf die Anweisung um deswillen gesetzt hat, weil er selbst dem Anweisenden aus einem Kaufvertrag noch einige hunderttausend Mark schuldig war, die Zahlung der angewiesenen Summe nicht mit der Begründung zu verweigern, daß er den Kauf gewandelt habe und infolgedessen mit der Kaufpreisschuld die der Annahmeerklärung zugrunde liegende causa solvendi hinfällig geworden sei. Noch weniger kann er dem Assignatar entgegenhalten, daß dieser die Anweisung vom Assignanten zwecks Begleichung einer dem letzteren obliegenden Kaufpreisschuld erhalten habe und daß dieser Kaufvertrag durch Wandlung des Käufers sein Ende gefunden habe. Hingegen könnte er sich allerdings gegenüber dem seine Forderung aus der Annahme geltend machenden Assignatar darauf berufen, daß er bei Abgabe der Annahmeerklärung nicht geschäftsfähig oder in einem Geschäftsirrtum befangen gewesen sei oder daß Anweisung oder Annahme durch eine noch schwebende Suspensivbedingung beschränkt seien oder daß der Anweisungsempfänger ihm Stundung gewährt habe oder daß zwischen ihnen eine kompensable Gegenforderung bestehe.

Der Anweisungsempfänger kann sowohl vor wie nach der Annahme der Anweisung durch den Assignaten seine Rechte aus der Anweisung mangels gegenteiliger Bestimmung des Assignanten auf dritte Personen übertragen nach Maßgabe des § 792 und der später zu besprechenden zessionsrechtlichen Grundsätze[1]).

[1]) Über die indossable kaufmännische Anweisung vgl. das Handelsrecht.

Ihre eigentliche juristische und wirtschaftliche Aufgabe erfüllt die Anweisung in dem Moment, in dem der Assignat die angewiesene Leistung bewirkt. Denn alsdann ist die Leistung des Assignaten an den Assignatar gleichzeitig eine solche des Assignaten an den Assignanten und des Assignanten an den Assignatar, so daß hier unter Umständen, nämlich dann, wenn auf allen Seiten die causa solvendi vorliegt, uno actu ein dreifacher Solutionseffekt eintritt (§§ 787 Abs. 1, 788) oder bei anders geartetem Innenverhältnis der Parteien sich möglicherweise gleichzeitig eine Erfüllung, eine Kreditgewährung und eine Schenkung vollzieht. Jedenfalls macht die Anweisung in hohem Maße die Auswechslung von Barmitteln überflüssig. Sie wäre darum in ihrem hier dargestellten Grundtypus ein wichtiges Instrument zur Hebung des bargeldlosen Verkehrs, wenn diese Funktion nicht, wie schon früher einmal erwähnt, in technisch vollkommenerer Weise durch die qualifizierten Anweisungsformen des Wechsels und des Schecks versehen würde. Hingegen spielt in der Gestalt des Kreditbriefs unsere Anweisung eine große Rolle da, wo Barmittel zwar nicht zu entbehren sind, aber die Gefahr ihres Transportes vermieden werden soll: der Berliner Bankier weist seinen Geschäftsfreund in Rom an, seinem dort reisenden Kunden die von ihm benötigten Summen auszuzahlen.

§ 17. Der gegenseitige Vertrag.

Es gibt Schuldverträge, die auf der einen Seite nur Berechtigungen, also auf der anderen Seite nur Verpflichtungen entstehen lassen. So z. B. das Darlehn. Man nennt sie mit einer nicht gerade sehr glücklichen Terminologie ,,einseitige Schuldverträge" (contractus unilaterales). Es gibt sodann Schuldverträge, die möglicherweise auf jeder Seite Rechte und Pflichten erzeugen: so erwirbt beim Auftrag der Auftraggeber notwendigerweise gegen den Beauftragten den Anspruch auf Ausführung des Auftrags; der Beauftragte gegen den Auftraggeber möglicherweise den Anspruch auf Ersatz von Auslagen (actio mandati directa und contraria). Man spricht hier von zufällig oder unvollkommen zweiseitigen Verträgen (contractus bilaterales inaequales). Außer dem schon erwähnten Mandat gehört beispielsweise noch der Leihvertrag, der Verwahrungsvertrag, der Pfandvertrag hierher. Und es gibt endlich Schuldverträge, die ihrer Natur nach notwendigerweise auf beiden Seiten Rechte und Pflichten begründen, und zwar Rechte und Pflichten, die einander bedingen, wo also die eine Pflicht um der gegnerischen willen übernommen wird, wo jeder Teil sich zum Schuldner macht, um gleichzeitig Gläubiger zu werden (causa credendi). Man verwendet für diese Schuldverträge den Kunstausdruck ,,vollkommen zweiseitige" oder ,,gegenseitige" Verträge (contractus bilaterales aequales) oder bezeichnet sie, indem man für das finale Reziprozitätsverhältnis, in dem hier Leistung und Gegenleistung stehen, das der griechischen Sprache entlehnte Fremdwort ,,Synallagma" gebraucht, als synallagmatische Verträge. Ihre wichtigsten Repräsentanten sind Kauf, Tausch, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag.

Zufolge des Synallagma stehen beim gegenseitigen Vertrag die beiderseitigen Forderungen bzw. Leistungspflichten in einem starken juristischen Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Doch können über das Maß der zu statuierenden Abhängigkeit die Meinungen der einzelnen Rechtsordnungen auseinander gehen. Nach unserem Rechte verlangt das Synallagma zur Erfüllung seines Begriffs nur Leistung und Gegenleistung, aber es verlangt keine Proportionalität zwischen beiden: die Gültigkeit des gegenseitigen Kontrakts ist, soweit nicht wucherische Gesichtspunkte eingreifen, auch mit einem außerordentlichen Wertunterschied der wechselseitigen Zuwendungen vereinbar[1]). Im übrigen ergreift das Synallagma einmal

[1]) Darum läßt sich die in letzter Zeit viel ventilierte Frage, ob, wenn sich infolge eingetretener Geldentwertung das von den Parteien im Vertrag hergestellte Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich verschoben hat, deswegen die Auflösung oder Ab-

die Entstehung des gegenseitigen Vertrags („genetisches Synallagma"): es können die Leistungspflichten entweder nur für beide Teile oder für keinen Teil ins Leben treten, m. a. W. es gibt keine negotia claudicantia mehr, wie im römischen Rechte. Wird insbesondere wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit für eine Partei eine Leistungspflicht nicht begründet, erwächst sie auch nicht für die andere Partei. Das Synallagma beeinflußt ferner aber auch die Funktionen des wirksam entstandenen Schuldverhältnisses („funktionelles Synallagma"): die Schicksale, die das eine Forderungsrecht etwa durch Verzug oder Unmöglichwerden der Leistung erleidet, ziehen in weitem Umfang auch die gegnerische Forderung in Mitleidenschaft. Davon wird später in der Lehre von den nachträglichen Veränderungen des Obligationsinhaltes die Rede sein. Hingegen ist schon an dieser Stelle die bedeutsame Wirkung zu erörtern, die das Gesetzbuch das Synallagma auf die Fälligkeit der beiderseitigen Leistungspflichten ausüben läßt. Es haben nämlich beide Teile ihre Verbindlichkeit grundsätzlich „Zug um Zug", also gleichzeitig zu erfüllen. Infolgedessen darf der Kontrahent, dem, ehe er die ihm gebührende Leistung empfangen hat, die Gegenleistung abgefordert wird, solchem Begehren die Einrede des noch nicht erfüllten Vertrags (exceptio non adimpleti contractus) entgegensetzen (§ 320 Abs. 1 S. 1).

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags besagt also: „ich leiste noch nicht, weil du noch nicht geleistet hast"; oder „ich leiste erst, wenn du auch leistest". Diese Einrede ist eine qualifizierte Form des Zurückbehaltungsrechtes, und zwar besteht die Qualifikation darin, daß die exceptio non adimpleti contractus nicht nur, wie es das Zurückbehaltungsrecht tut, den Schuldner gegen vorzeitige, d. h. dem Empfang der Gegenleistung vorausgehende Leistungsbewirkung sichern will, sondern daß sie ihm zur Gegenleistung verhelfen, ihm also ein Pressionsmittel gegenüber dem andern Teile in die Hand geben will. Diese Verschiedenheit der Zweckbestimmung kommt praktisch darin zum Ausdruck, daß der Gegner zwar das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners, nicht aber dessen Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch anderweitige Sicherheitsleistung abwenden kann (§ 320 Abs. 1 S. 3). Wie das Zurückbehaltungsrecht, wird auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nie von Amts wegen, sondern immer nur berücksichtigt, wenn sich der Beklagte auf sie beruft, und wie jenes führt auch sie bei erfolgreicher Geltendmachung niemals zur Klageabweisung, sondern zu einer eingeschränkten Verurteilung, nämlich zur Verurteilung auf Leistung Zug um Zug (§ 322). Trotz des echten Einredecharakters des Verteidigungsmittels ist die Beweislast bei der exceptio non adimpleti contractus dahin zu regeln, daß nicht der Beklagte das Ausstehen, sondern der Kläger die Bewirkung der Gegenleistung bzw. die Bereitschaft zu ihrer Bewirkung zu beweisen hat.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags greift nicht nur da Platz, wo der seinerseits Leistung heischende Gläubiger von der Gegenleistung noch nichts erbracht hat, sondern auch da, wo er von der Gegenleistung zwar etwas, aber nicht alles bewirkt hat, mag nun die Unvollständigkeit eine quantitative oder qualitative sein (der Verkäufer hat von den geschuldeten 1000 Zentner Kartoffeln nur 900 geliefert; oder der Architekt hat in dem von ihm zu erbauenden Hause einzelne Innenräume in einer anderen, als der verabredeten Stilart ausgeführt). Man spricht hier von einer exceptio non rite adimpleti contractus. Auch sie berechtigt grundsätzlich den Schuldner zur Einbehaltung der ganzen Leistung und tut es nur da nicht, wo solches Vorgehen nach Lage der Umstände, insbesondere „wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles" gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 320 Abs. 2). Und auch bei ihr trägt der Kläger die Beweislast

änderung des Vertrags verlangt werden kann, nicht, wie es vielfach versucht worden ist, aus dem Wesen des Synallagma beantworten, sondern ist von anderer Seite her in Angriff zu nehmen. Vgl. auch unten § 26 am Anfang.

für die Vollständigkeit seiner Leistung, soweit ihm diese Last nicht dadurch abgenommen ist, daß der Beklagte die unvollständige Leistung im Sinne des § 363 „als Erfüllung angenommen hat“[1]).

Die Regel des § 320, daß die Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen Zug um Zug zu erfüllen sind, läßt sich nicht ausnahmslos durchführen. Wir werden später sehen, daß bei einzelnen synallagmatischen Schuldverhältnissen die Natur des Leistungsgegenstandes den Gesetzgeber gezwungen hat, die eine Partei vorleistungspflichtig zu machen. Dann entfällt natürlich insoweit jede Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Das gleiche gilt da, wo die Parteien kraft ihrer Vertragsfreiheit dem einen Teile eine Vorleistungspflicht auferlegt haben. Aber solche Vorleistungspflicht wird jemand nur dann im Vertragsschluß auf sich nehmen, wenn die Vermögensverhältnisse des Gegners so geordnete sind, daß mit ihr ein Risiko offenbar nicht verbunden ist. Darum gibt das Gesetzbuch der Partei, die sich freiwillig vorleistungspflichtig gemacht hat, das Recht, trotz dieser Verpflichtung die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückzuhalten, „wenn nach dem Abschluß des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird“. Dieses, einer Art gesetzlicher clausula rebus sic stantibus entspringende Leistungsverweigerungsrecht hat aber bloßen Sicherungszweck und verfolgt nicht auch den der Einrede des nicht erfüllten Vertrags innewohnenden Pressionszweck. Es kann darum durch Sicherheitsleistung abgewendet werden (§ 321).

§ 18. Der Vergleich.

Das Gesetzbuch definiert in § 779 den Vergleich als einen Vertrag, „durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird“, wobei es hinzufügt (was im gemeinen Rechte bestritten war): „Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist“. Danach sind also Anwendungsfälle des Vergleichs: wenn die Parteien über den Bestand oder den Inhalt eines sie betreffenden Rechtsverhältnisses verschiedener Meinung sind oder wenn ohne solchen Meinungsstreit sich eine Unbestimmtheit des Rechtsverhältnisses aus einer noch schwebenden Bedingung oder einem dies incertus quando ergibt oder wenn das Schicksal des Schuldverhältnisses infolge fragwürdiger Solvenz des Schuldners zweifelhaft ist. Und nirgends ist hier für den Vergleich eine objektive Ungewißheit vonnöten: es reicht aus, daß die Parteien an eine Ungewißheit im Sinne des § 779 glauben, mag auch die wahre Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses durch vorhandene Beweismittel feststellbar oder die nach Meinung der Parteien noch schwebende Bedingung in Wirklichkeit schon eingetreten oder die scheinbar gefährdete Vermögenslage des Schuldners tatsächlich eine gesunde sein.

Die subjektive Ungewißheit über das Rechtsverhältnis soll im Vergleich beseitigt werden durch „gegenseitiges Nachgeben“, d. h. durch wechselseitige Leistungsversprechen, die als vergleichsweise Zuwendungen an die Stelle des wegen seiner Unbestimmtheit von den Parteien verlassenen Rechtsverhältnisses treten. Es verpflichtet sich etwa der Schuldner zur Bezahlung der bisher bestrittenen Kapitalsschuld, aber in geringerer Höhe und zu einem späteren Zeitpunkt, als der Gläubiger anfänglich verlangt hatte und gegen das weitere Zugeständnis des letzteren, daß er auf den geltend gemachten Zinsanspruch verzichte. Oder der Verkäufer, der bisher jede Lieferungspflicht leugnete, erklärt sich zur Leistung einer

[1]) Darüber unten § 21 unter 3.

anderen als der vom Käufer geforderten Ware bereit, falls dieser seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch fallen lasse. Immer aber ist zu beachten, daß der Vergleich nur ein Verpflichtungs- und kein Verfügungsgeschäft ist. Der Vergleich selbst bewirkt also keinen Übergang und keinen Untergang von Rechten, sondern begründet nur einen Anspruch der Parteien auf Vornahme solcher Akte. Wo freilich sowohl der Vergleich wie das in ihm versprochene Verfügungsgeschäft formlos errichtbar sind, können beide ihren Ausdruck in einer Willenserklärung finden. So bringt der auf einen Forderungserlaß lautende Vergleich den erlassenen Anspruch bereits zum Erlöschen, in dem Sinne wie der Verkauf einer Forderung regelmäßig bereits die Übertragung der Forderung enthält. Der begrifflichen Selbständigkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft geschieht durch diese äußerliche Zusammenfassung in einer Willenserklärung kein Abbruch. Dabei mag übrigens bemerkt sein, daß der Vergleich nur insoweit formlos gültig ist, als die Besonderheit seines Inhalts nicht die Beobachtung einer bestimmten Form bedingt: der Vergleich, in dem sich jemand zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtete, würde beispielsweise der Formvorschrift des § 313 BGB. unterstehen[1]).

Der Vergleich ist ein gegenseitiger Vertrag. Denn zufolge des beiderseitigen Nachgebens, das er verlangt, legt er beiden Parteien Leistungspflichten auf, und zwar Leistungspflichten, die sich wechselseitig bedingen. Von den anderen gegenseitigen Verträgen unterscheidet sich der Vergleich dadurch, daß er nicht, wie es beim Kauf, der Miete, dem Dienst- und Werkvertrag der Fall ist, seinem wirtschaftlichen Zwecke nach nur einem Typus des Leistungsaustausches dient. sondern daß in ihm die verschiedensten Arten von Leistungen versprochen werden können. Nimmt man hinzu, daß er ein Gebilde des Obligationenrechts ist, daß der Bereinigung jedweden Rechtsverhältnisses dient, so sprechen ebensoviel Gründe dafür, ihn, wie es hier geschehen ist, in die allgemeinen Lehren des Schuldrechts einzureihen, als das Gesetz gehabt hat, ihn dessen besonderem Teile zu unterstellen. Charakteristisch für die wirtschaftliche Natur des Vergleichs ist ein gewisses ihm innewohnendes spekulative Moment, indem jede Partei das Maß ihres Nachgebens naturgemäß danach abstuft, wie hoch sie die Vorteile und Nachteile einzuschätzen hat, die sich für sie ergäben, falls sie, statt sich zu vergleichen, abwarten würde. bis sich die Ungewißheit des Rechtsverhältnisses in Gewißheit verwandelt hätte. Darum kann der Teil, dessen Berechnung sich hinterher als unzutreffend erweist, aus der fehlgegangenen Spekulation keinen Einwand gegen den Fortbestand des Vergleichs ableiten. Der Gläubiger, der seine Forderung für unbeweisbar hielt und sie deswegen im Vergleich erheblich reduzierte, findet etwa eine Woche nach dessen Abschluß eine ihre Existenz zweifelsfrei dartuende Urkunde; oder entgegen den Erwartungen eines Schuldners, der von einer suspensiv bedingten Schuld drei Viertel des Betrags zu leisten sich bedingungslos verpflichtet hat, fällt die Bedingung aus; oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners, deren Verdächtigkeit wegen der Gläubiger in einen teilweisen Forderungserlaß gegen sofortige Restbefriedigung willigt, nehmen hinterher einen steten Aufstieg.

Anders hingegen liegen die Dinge, wenn die falschen Vorstellungen der Parteien sich nicht auf die die Ungewißheit des Rechtsverhältnisses ausmachenden Faktoren, sondern auf den Sachverhalt beziehen, den die Parteien übereinstimmend hrem Vergleich ,,als feststehend zugrunde gelegt haben". Ein Erbe und ein Vermächtnisnehmer beseitigen den Streit, der infolge unklarer Fassung des Testaments zwischen ihnen über den Inhalt des Vermächtnisanspruches entstanden ist, da-

---

[1]) Daß umgekehrt auch ein vom Gesetz formalisiertes Rechtsgeschäft seine Formbedürftigkeit dadurch verlieren kann, daß es Bestandteil eines Vergleichs wird, haben wir oben S. 32 gesehen.

durch, daß der Gläubiger sich mit einer geringeren als der zuerst verlangten Summe, der Schuldner mit einem früheren als dem anfänglich eingeräumten Auszahlungstermin zufrieden erklärt. Nachträglich stellt sich heraus, daß das Testament gefälscht oder durch Widerruf aufgehoben, ein Vermächtnisanspruch also überhaupt nicht entstanden ist. Dann ist nach § 779 wegen fehlender Vergleichsbasis der Vergleich unwirksam, vorausgesetzt, daß ,,der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde". Aber nur der Vergleich selbst ist nichtig. Die zu seiner Erfüllung vorgenommenen Verfügungsgeschäfte (der Partialerlaß, die Eigentumsübertragungen usw.) bleiben so lange in Kraft, bis sie wegen Wegfalls ihrer causa als ungerechtfertigte Bereicherung kondiziert werden[1]).

Ein besonderer Anwendungsfall des Vergleichs ist der zwecks Prozeßbeendigung vor Gericht abgeschlossene Vergleich. Von ihm ist im Prozeßrecht zu handeln.

§ 19. Der Rücktritt vom Vertrag.

In nicht seltenen Fällen räumen die Kontrahenten bei oder nach Vertragsschluß der einen Partei, eventuell auch beiden Parteien ausdrücklich oder stillschweigend (§§ 360, 361) das Recht ein, vom Vertrag wieder abzugehen. Macht dann die betreffende Partei von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch, so ist damit das Schuldverhältnis erloschen. Insoweit gehört der Rücktritt vom Vertrag seiner systematischen Stellung nach in die Lehre vom Untergang der Obligation. Uns interessiert aber hier nicht das Schuldverhältnis, dem der Rücktritt ein Ende setzt. Sondern dem Rücktritt wohnt neben der rechtszerstörenden auch eine rechtsbegründende Kraft inne, indem infolge des Rücktritts zwischen den Parteien möglicherweise ein neues Schuldverhältnis zur Entstehung kommt, gerichtet auf Rückgewähr der vor Auflösung des Vertrags bereits bewirkten Leistungen. Denn der Rücktritt hebt von den Rechtsverhältnissen, die die Parteien ins Leben gerufen haben, nur die obligationsrechtlichen Beziehungen, nicht auch die in deren Verfolg vorgenommenen Verfügungsgeschäfte, insbesondere nicht die zum Zwecke der Vertragserfüllung geschehenen Eigentumsübertragungen auf. Diese bleiben trotz des Rücktritts bei Bestand, stellen sich aber, nachdem infolge des Rücktritts ihre causa weggefallen ist, als eine ungerechtfertigte und darum wieder herauszugebende Bereicherung des Empfängers dar. Nur will das Gesetzbuch für diese Herausgabepflichten nicht die bloßen Bereicherungsgrundsätze, wie sie mangels Sondervorschriften eingriffen (condictio ob causam finitam)[2]), maßgebend sein lassen, sondern ruft hier, wie gesagt, ein eigenartiges auf Wiedereinsetzung in den früheren Stand gerichtetes Schuldverhältnis ins Leben, dessen Regelung in Kürze kennenzulernen um so notwendiger ist, als die in Betracht kommenden Rechtssätze nach § 327 S. 1 auch da gelten, wo das Gesetz von sich aus einer Partei ein Rücktrittsrecht verleiht, was es, wie wir später sehen werden, in einer Anzahl von praktisch sehr bedeutsamen Fällen tut.

,,Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Gegner", und ,,sind auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden", so daß, wenn einer der Berechtigten es verliert, es auch für die übrigen erlischt (§§ 349, 356). Die von früheren Rechtsordnungen verschieden beantwortete Frage, ob der Rücktritt dadurch ausgeschlossen wird, daß der Berechtigte zur Rückgewähr des empfangenen Gegenstands nicht mehr in der Lage ist, wird vom Gesetz dahin geregelt, daß Untergang und Verschlechterung dieses Gegenstands das Rücktrittsrecht nur im Falle des

[1]) Siehe oben S. 31 und unten § 48.
[2]) Siehe unten § 48 unter 2c.

Verschuldens des Berechtigten erlöschen lassen; daß Verarbeitung und Umbildung der empfangenen Sache diese Wirkung auch bei Mangel jeglichen Verschuldens haben und daß Weiterveräußerung und Belastung des empfangenen Gegenstands zum Verlust des Rücktrittsrechtes erst dann führen, wenn es beim Dritterwerber zur Umbildung oder schuldhafterweise zum Untergang bzw. zur Verschlechterung des Erlangten kommt (§§ 350—353). An eine Präklusivfrist ist die Ausübung des Rücktrittsrechtes dann gebunden, wenn die Parteien es vereinbart haben. Ohne solche Abrede kann der Berechtigte mit der Geltendmachung seiner Befugnis an und für sich beliebig lange zögern. Dem sich daraus für den anderen Teil ergebenden lästigen Schwebezustand sucht das Gesetzbuch dadurch abzuhelfen, daß es dem Rücktrittsgegner gestattet, dem Berechtigten zur Ausübung seines Rechtes eine angemessene Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt (§ 355).

Ist der Rücktritt wirksam erklärt, so entsteht gegebenenfalls infolge der auf jeder Partei nach § 346 S. 1 ruhenden Verpflichtung, die empfangene Leistung zurückzugewähren, ein gegenseitiges Schuldverhältnis, auf das der früher besprochene Grundsatz von der Zug-um-Zug-Leistung und die damit zusammenhängende exceptio non adimpleti contractus sinngemäße Anwendung finden (§ 348). Natürlich versagt diese Einrede da, wo der Rücktrittsberechtigte die sonst zurückzugewährende Leistung infolge ihres zufälligen Untergangs nicht herausgeben kann. Denn wenn, wie wir sahen, das Gesetz in solchem Falle trotz Unmöglichkeit der Restitution den Rücktritt für zulässig erklärt, so bedeutet das, daß hier der Rücktrittsberechtigte die seinerzeit hingegebene Leistung ohne jede Gegenleistung zurückfordern darf, während umgekehrt der Vertragsgegner, wenn er das Empfangene nicht zurückgeben kann, seinen Anspruch auf Rückgewähr dessen, was der Berechtigte erhalten hat, nicht durchzusetzen vermag. Die scheinbare Ungerechtigkeit, die mancher vielleicht darin finden möchte, daß hier die Parteien eines und desselben Schuldverhältnisses mit ungleichem Maße gemessen werden, erklärt sich aus der bevorzugten Stellung, die derjenige überhaupt einnimmt, dem kraft Vertrags ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird.

Sind die auf Grund des Vertrags bewirkten Leistungen von der Art, daß sie begrifflich jeder Rückgewähr spotten (man denke an geleistete Dienste oder an die überlassene Benutzung einer Sache), so ist ihr Wert zu vergüten bzw. die von den Parteien im voraus als Äquivalent stipulierte Geldsumme zu entrichten (§ 346 S. 2).

Ist eine Partei durch ihr Verschulden außerstande, nach erfolgtem Rücktritt ihrer Restitutionspflicht nachzukommen, so greifen die (später zu erörternden) allgemeinen Grundsätze von der Haftung wegen Nichterfüllung ein. Der ganzen Tendenz des Gesetzes, im Rücktrittsfall den status quo ante herzustellen, entspricht es, daß es über den Umfang der Haftung nicht den Moment des Rücktritts, sondern den des einstigen Leistungsempfanges entscheiden läßt und infolgedessen auf den von den Parteien vorzunehmenden Ausgleich die Vorschriften angewendet wissen will, „welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten" (§ 347 S. 2 und 3). Im Einklang damit steht die Vorschrift, daß eine zurückzugewährende Geldsumme von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen ist (§ 347 S. 4). Ist es der Rücktrittsberechtigte selbst, der mit der Rückgewähr des Empfangenen in Verzug gerät, so gibt das Gesetzbuch dem anderen Teile neben den sonstigen Befugnissen, die er als Gläubiger gegenüber dem morosen Schuldner hat, einen weiteren Rechtsbehelf an die Hand, indem er dem Gegner zur Rückerstattung eine angemessene Frist mit der Wirkung setzen kann, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist der bereits erklärte Rücktritt hinfällig wird und es infolgedessen bei dem ursprünglichen Vertrag sein Bewenden hat (§ 354).

§ 20. Verträge zugunsten Dritter.

Im Gegensatz zum römischen Rechte, das sich grundsätzlich auf den Standpunkt stellte: „neque stipulari, neque emere vendere contrahere possumus, ut alter suo nomine recte agat", erklärte die, an deutschrechtliche Gebilde anknüpfende, herrschende Ansicht des gemeinen Rechtes es für möglich, daß zwei Parteien ein Schuldverhältnis begründen, aus dem ein am Vertragsschluß unbeteiligter Dritter einen Leistungsanspruch gegen den Schuldner erwirbt. Man spricht hier von Verträgen zugunsten dritter Personen. Das BGB. hat ihre Zulässigkeit ausdrücklich anerkannt (§ 328 Abs. 1). Sie können sowohl als abstrakte wie als kausale Versprechen vorkommen, wobei übrigens die im Verhältnis von Schuldner und Vertragsgegner obwaltende causa (Deckungsverhältnis) nicht mit dem außerhalb des uns hier interessierenden Schuldvertrags liegenden Rechtsgrund verwechselt werden darf, der den Forderungserwerb des Dritten im Verhältnis von Drittem und Vertragsgläubiger legitimiert (Valutaverhältnis) und der, mag er nun als causa credendi, solvendi oder donandi auftreten, bewirkt, daß die Leistung des Schuldners an den Dritten im Verhältnis zwischen diesem und dem Promissar regelmäßig als Leistung des letzteren erscheint[1]). Da die Besonderheit der Verträge zugunsten dritter Personen darin liegt, daß durch das dem Gläubiger (A) gegenüber abgegebene Leistungsversprechen unmittelbar ein Dritter (X) ein Forderungsrecht gegen den Schuldner (B) erlangt, so haben mit jener Rechtsfigur nichts zu tun die Fälle, wo A den Vertragsschluß mit B als Stellvertreter des X in dessen Namen herbeiführt; denn hier fehlt dem A jegliche Parteienrolle, während umgekehrt X zu seiner Gläubigerstellung gerade als Vertragspartei und nicht als Vertragsfremder gelangt. Es gehören ferner nicht hierher die Fälle, wo X dem B gegenüber als Zessionar des A forderungsberechtigt wird; denn hier schreibt sich sein Leistungsanspruch nicht aus dem Vertrag A B, sondern aus dem Verfügungsgeschäft A X her und X wird erst in dem Augenblick Gläubiger, in dem A Gläubiger zu sein aufhört. Und es sind endlich von jenen Verträgen zugunsten Dritter die Fälle zu scheiden, wo zwar der eine Vertragsteil dem anderen verspricht, eine Leistung an eine dritte Person zu bewirken, wo aber der Dritte nicht ein eigenes Recht auf die Leistung bekommt, sondern nur der Promissar vom Vertragsgegner Leistung an den Dritten verlangen kann. Hier läßt sich von uneigentlichen oder unechten Verträgen zugunsten Dritter reden, und im Gegensatz zu ihnen wären die Verhältnisse, von denen wir ausgegangen sind, als echte Verträge zugunsten Dritter zu bezeichnen.

Ob das Versprechen des Schuldners, eine Leistung an einen Dritten zu bewirken, einen echten oder unechten Vertrag zugunsten des Dritten darstellt, ist eine Frage der Vertragsauslegung (§ 328 Abs. 1 und 2). Die Auslegung entscheidet ferner darüber, „ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen" (beispielsweise erst mit erfolgter Annahmeerklärung des Dritten) entstehen soll, und sie beantwortet auch die damit zusammenhängende Frage, ob das von den Parteien begründete Recht des Dritten von ihnen beliebig aufgehoben bzw. geändert werden kann oder ob es dazu der Zustimmung des Dritten bedarf (§ 328 Abs. 2). Für einzelne Gruppen besonders häufig vorkommender Fälle hat das Gesetz die Auslegungstätigkeit des Richters durch die Aufstellung von Vermutungen erleichtert. So ist da, wo sich jemand zur Befriedigung eines Gläubigers des Vertragsgegners verpflichtet hat (ohne daß es zu einer Schuldübernahme in dem später zu besprechenden technischen Sinne gekommen ist), im Zweifel ein unechter Vertrag zugunsten des Drittgläubigers anzunehmen (§ 329), während

---

[1]) Die Nichte, die auf Grund einer von ihrem Onkel zu ihren Gunsten abgeschlossenen Aussteuerversicherung bei ihrer Hochzeit die Versicherungssumme von der Versicherungsgesellschaft ausgezahlt bekommt, wird sich dafür mit Recht nicht bei der Gesellschaft, sondern bei ihrem Onkel bedanken.

der einen Dritten als Destinatär aufweisende Lebensversicherungs- oder Leibrentenvertrag regelmäßig einen echten Vertrag zugunsten dieses Dritten erzeugt (§ 330 S. 1). Ebenso ist von der letzteren Auffassung auszugehen, „wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird" (§ 330 S. 2). Und in der Frage der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der Drittberechtigung, der mit ähnlicher Kasuistik nicht beizukommen war, hat der Gesetzgeber die richtige Lösung wenigstens dadurch vorbereitet, daß er auf die Bedeutung hingewiesen hat, die in einer Reihe von Fällen der Tod des Versprechensempfängers für die Unentziehbarkeit des vom Dritten erworbenen Forderungsrechtes hat (§ 331).

Liegen die Dinge so, daß nach dem Vertragsinhalt der Dritte das Recht auf die Leistung ohne eigenes Zutun erwirbt, so befindet er sich in ähnlicher Situation wie ein Erbe, bei dem der Nachlaßerwerb sich ja auch ohne Annahmeerklärung vollzieht. Sowenig wie hier der Erbe, wird dort der Dritte gezwungen, den ohne seinen Willen gemachten Rechtserwerb zu behalten; vielmehr kann er das erworbene Recht dem Schuldner gegenüber durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung zurückweisen, und tut er es, „so gilt das Recht als nicht erworben" (§ 333). Aber gerade die Ähnlichkeit mit der erbrechtlichen Situation zwingt dazu, dem Dritten die Ausschlagungsbefugnis dann abzusprechen, wenn er das zu seinen Gunsten stipulierte Recht ausdrücklich oder stillschweigend angenommen hat, mag auch die Annahmeerklärung für den Rechtserwerb überflüssig gewesen sein. Braucht doch der Dritte, wennschon er vielleicht der allein aus dem Vertrag Berechtigte ist, so doch keineswegs der allein an ihm Interessierte zu sein, indem am Rechtserwerb des Dritten sowohl dem Promissar mit Rücksicht auf das Valutaverhältnis wie auch dem Schuldner aus Gründen des Deckungsverhältnisses sehr viel gelegen sein kann.

Von den im gemeinen Rechte aufgetauchten und dort unausgetragen gebliebenen Kontroversen hat das BGB. die Streitfrage, ob der Dritte schon bei Vertragsschluß individualisiert sein müsse oder seine Persönlichkeit noch unbestimmt gelassen sein könne, in letzterem Sinne geregelt. Und wo die Person des Dritten offen gelassen ist (wie etwa bei Lebensversicherungsverträgen), kann der Promissar die ihm zustehende Bestimmung des Dritten auch in einer letztwilligen Verfügung treffen (§ 332). Die schon früher herrschende Ansicht, daß aus dem echten Vertrag zugunsten eines Dritten nicht nur der Dritte auf Leistung an sich, sondern auch der Versprechensempfänger auf Leistung an den Dritten klagen könne, hat jetzt im § 335 ihre gesetzliche Bestätigung gefunden. Und endlich hat sich das Gesetzbuch auch hinsichtlich der dem Schuldner zu gestattenden Einwendungen der schon früher überwiegend für richtig gehaltenen Ansicht angeschlossen, daß der Schuldner dem Dritten gegenüber nicht auf die ihm gegen diesen persönlich zustehenden Verteidigungsmittel (Verjährung, Stundung, Erlaß, Aufrechnung) beschränkt ist, daß er ihm andrerseits auch nicht alle Einwendungen entgegensetzen darf, deren er sich dem Versprechensempfänger gegenüber bedienen könnte (beispielsweise nicht berechtigt ist zur Aufrechnung mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung), daß er aber allerdings „Einwendungen aus dem Vertrag" (dem Deckungsverhältnis) auch dem Dritten entgegenzustellen die Befugnis hat (§ 334). Ist also in einem Kaufvertrag vereinbart worden, daß den Anspruch auf den Kaufpreis ein Dritter haben soll, so kann der Käufer dem Dritten entgegenhalten, daß die Ware mangelhaft sei und er infolgedessen den Kaufvertrag wandele bzw. den Kaufpreis mindere. Einreden, die sich auf die zwischen dem Promissar und dem Dritten bestehenden Beziehungen (das Valutaverhältnis) gründen, würden, als fremdem Rechtsverhältnis entstammend, dem Schuldner grundsätzlich entzogen sein.

Drittes Kapitel.

Das Erlöschen des Schuldverhältnisses.

§ 21. Die Erfüllung.

1. Kein Schuldverhältnis wird für die Ewigkeit begründet. Sondern es liegt im Wesen und Zwecke des Forderungsrechtes, daß es entsteht, um zu vergehen. Und sein normalster, weil sinngemäßester Erlöschungsgrund ist die Erfüllung, die bei Geldschulden auch Zahlung genannt wird. Solche Erfüllung liegt vor, „wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird" (§ 362 Abs. 1). Dabei kann die Leistungsbewirkung entweder in einer rein faktischen Betätigung des Schuldners bestehen (man denke an die Verbindlichkeit des Arbeitnehmers aus dem Dienstvertrag) oder in der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes (es hat sich jemand gegenüber dem Eigentümer zur Aufgabe einer Grunddienstbarkeit verpflichtet) oder in einem Vertragsschluß, also einem gemeinschaftlichen rechtsgeschäftlichen Handeln von Schuldner und Gläubiger (so in den zahlreichen Fällen, wo die Obligation auf Rechtsverschaffung, insbesondere Eigentumsübertragung gerichtet ist, zu deren Herbeiführung es der Einigung von Veräußerer und Erwerber bedarf).

Nicht zu verwechseln mit dieser Frage nach der rechtlichen Natur der Leistungsbewirkung ist die andere nach der Rechtsnatur der sich an die Leistungsbewirkung anknüpfenden Rechtsfolge, die sich, wie wir sahen, in der Erfüllung und somit im Erlöschen des Schuldverhältnisses äußert. Man streitet nämlich darüber, ob die Leistungsbewirkung für den Solutionseffekt ausreichend sei oder ob zu ihr das ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Einverständnis von Gläubiger und Schuldner hinzutreten müsse, daß das Schuldverhältnis erloschen sei. Nach den Vertretern der letzteren Meinung enthält jeder Erfüllungsvorgang, einerlei von welcher Natur die geschuldete Leistung ist, ein vertragliches Moment, so daß dort, wo die Bewirkung der Leistung selbst schon nur mittelst einer „Einigung" erfolgen kann, zur Herbeiführung der Erfüllung ein doppelter Konsens vonnöten ist: der eine, der auf den Übergang des vom Schuldner dem Gläubiger zu verschaffenden Rechtes, der andere, der auf das Erlöschen des Schuldverhältnisses gerichtet ist. Aber diese Vertragstheorie hat keine Stütze im Gesetz, das nach seinen klaren Worten für den Erfüllungserfolg nur die Leistungsbewirkung als solche verlangt. Die von den Gegnern behauptete Regelung, die auf eine besondere Entlassung des Schuldners aus dem Schuldverhältnis durch den Gläubiger hinausliefe, wäre als unpraktisch und gekünstelt auch de lege ferenda zu verwerfen. Natürlich kann der Gläubiger, wenn der Schuldner die Leistung bewirkt hat, überdies erklären, daß er befriedigt sei und das Schuldverhältnis für erloschen ansehe. Aber der Erfüllungseffekt tritt unabhängig von dieser Erklärung ein. Letztere braucht deswegen nicht unter allen Umständen rechtlich bedeutungslos zu sein. Sie ist es nur dann, wenn die bewirkte Leistung dem Obligationsinhalt entsprochen und darum den Untergang des Forderungsrechtes schon von selbst ausgelöst hat. Sie ist es aber, wie wir sehen werden, dann nicht, wenn die bewirkte Leistung hinter dem Obligationsinhalt zurückblieb und darum für sich allein der schuldtilgenden Kraft entbehrte.

Da die Erfüllung begrifflich nicht an eine Mitwirkung des Gläubigers gebunden ist, so kann in der Entgegennahme der geschuldeten Leistung auch keine Verfügung des Gläubigers über das Forderungsrecht gefunden werden. Daß dies auch die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich aus § 362 Abs. 2, der für bestimmte Erfüllungsfälle die entsprechende Anwendung einer Reihe von die Verfügung betreffenden Rechtssätzen vorsieht, eine Bestimmung, die überflüssig sein würde,

wenn das Einstreichen der Schuldsumme eine Verfügung des Gläubigers über seinen Leistungsanspruch wäre.

Weil die Bewirkung der geschuldeten Leistung das Erlöschen des Schuldverhältnisses von selbst herbeiführt, so bedarf es für die Schuldbefreiung keiner besonderen Erklärung des Schuldners, daß er die Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung erbringe. Es ergibt sich aus der durch die Begründung der Obligation geschaffenen Situation, daß wenn A vom X, der ihm fünftausend Mark schuldig ist, eine Postanweisung über diesen Betrag erhält, diese Summe der Begleichung der schwebenden Schuld dienen soll. Mit dem Eigentumserwerb am Gelde seitens des Gläubigers ist darum die Schuldverbindlichkeit erfüllt, auch wenn der für „Mitteilungen" bestimmte Abschnitt der Postanweisung keinerlei Angaben über den Zweck der Geldsendung enthält. Nur darf man aus dieser Beurteilung der Rechtslage nicht schlußfolgern, daß solange das Schuldverhältnis bestehe, der Schuldner überhaupt nicht in der Lage sei, den geschuldeten Gegenstand in die Hände des Gläubigers gelangen zu lassen, ohne daß das Geleistete vom Erfüllungszweck erfaßt werde. Natürlich muß derjenige, der einem Gläubiger fünftausend Mark schuldig ist, ihm einen gleichen Betrag auch zu anderem Zwecke als dem der Tilgung dieser Obligation (beispielsweise als Auslagenvorschuß für einen zu erteilenden Auftrag oder mit der Bitte um Verwahrung) zukommen lassen können. Aber der Schuldner muß, wenn er den sonst von selbst eintretenden Solutionseffekt ausschalten will, dies ausdrücklich bestimmen, sei es vor, sei es spätestens bei der Leistungsbewirkung. Im Gesetzbuch selbst finden sich diese Sätze zwar explicite nicht. Aber sie stehen im Einklang mit seiner Lösung eines ähnlich gearteten Problems. Ist nämlich der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen (insbesondere also zu Geldleistungen) verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete zwar zur Bezahlung der einen oder anderen Schuld, aber nicht zur Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten aus, so wird nach § 366 Abs. 1 diejenige Schuld getilgt, die er bei der Leistung bestimmt. Hat er keine Bestimmung getroffen, setzt ein automatischer Zahlungseffekt, und zwar in der in § 366 Abs. 2 angeordneten Reihenfolge ein.

Wie schon einmal betont, bedeutet die Leistung des Schuldners nur dann die Erfüllung des Schuldverhältnisses, wenn sie in quantitativer und qualitativer Hinsicht dem Obligationsinhalt entspricht. Wo letzterer die gesamte dem Schuldner obliegende Leistungspflicht in mehrere einer selbständigen Tilgung fähige Teilverbindlichkeiten zerlegt, kann der Schuldner seine Schuld in entsprechenden Raten abtragen. Wo jene Voraussetzung aber nicht zutrifft, braucht sich der Gläubiger Teilleistungen des Schuldners nicht gefallen zu lassen, kommt also durch deren Ablehnung nicht in Annahmeverzug; die freiwillige Annahme eines Teiles der Leistung führt aber natürlich zur teilweisen Erfüllung und damit zum teilweisen Erlöschen des Schuldverhältnisses (§ 266).

2. Die am Erfüllungsvorgang beteiligten Subjekte sind grundsätzlich mit den Parteien des Schuldverhältnisses identisch.

Indessen kann nur in den seltensten Fällen der Gläubiger nach dem Inhalt des Forderungsrechtes vom Schuldner verlangen, daß er alle zur Leistungsbewirkung erforderlichen Verrichtungen in eigener Person vornehme. Sondern regelmäßig ist ihm dabei in größerem oder geringerem Umfang die Zuziehung von Hilfspersonen gestattet. Die Frage, ob und wieweit der Schuldner für die den Gläubiger schädigenden Handlungen seiner Erfüllungsassistenten einzustehen habe, wird später zu beantworten sein. Es gibt auch Schuldverhältnisse, wo die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht einen so unpersönlichen Charakter trägt (man denke namentlich an Geldschulden), daß sich der Gläubiger die volle Leistungsbewirkung durch dritte Personen gefallen lassen muß. Er würde hier also in Annahmeverzug geraten, wenn er die ihm angebotene Leistung deshalb zurückweisen wollte, weil

sie nicht vom Schuldner stamme. Er wäre auch nicht berechtigt, danach zu forschen, ob der Dritte die Verbindlichkeit des Schuldners in dessen Auftrag oder überhaupt nur mit dessen Wissen erfülle (§ 267 Abs. 1). Bloß wenn der Schuldner der Zahlung des Dritten ausdrücklich widersprochen hat, ist der Gläubiger zu ihrer Ablehnung berechtigt (§ 267 Abs. 2). Aber auch nur berechtigt, nicht verpflichtet. Macht er von jener Befugnis keinen Gebrauch, sondern nimmt er das Angebotene trotz des schuldnerischen Widerspruchs an, so kommt es zur Erfüllung und damit zur Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit. Ja, das Gesetzbuch kennt Fälle, wo ein Dritter an der rechtzeitigen Tilgung der schuldnerischen Verbindlichkeit ein so starkes eigenes Interesse hat, daß er gewissermaßen ein selbständiges Recht auf die Befriedigung des Gläubigers bekommt, so daß letzterer selbst gegenüber einem schuldnerischen Widerspruch die Leistung des Dritten nicht ohne Rechtsnachteil ablehnen darf. Dies trifft da zu, wo der Dritte durch die vom Gläubiger begonnene Zwangsvollstreckung Gefahr läuft, ein Recht an einem Gegenstand oder den Besitz einer Sache zu verlieren (§ 268 Abs. 1). Und während im allgemeinen ein Dritter für den Schuldner nur erfüllen kann, darf hier der Dritte den Gläubiger, falls die Voraussetzungen dafür vorliegen, auch vermittelst der später zu besprechenden Erfüllungssurrogate der Hinterlegung und der Aufrechnung befriedigen (§ 268 Abs. 2). Und ferner: während sonst keine Rede davon ist, daß der zahlende Dritte gegen den Schuldner die Forderung des Gläubigers geltend machen könne, läßt hier das Gesetz — allerdings mit gewissen Kautelen zum Schutze des Gläubigers — in dem Moment, wo der Dritte zahlt, die getilgte Forderung ipso iure auf ihn übergehen (§ 268 Abs. 3).

Was die aktive Seite des Schuldverhältnisses angeht, so ist es selbstverständlich, daß die Leistungsbewirkung den Schuldner nur dann befreit, wenn sie entweder zu Händen des Gläubigers selbst oder einer Person erfolgt, deren Leistungsentgegennahme der Gläubiger nach den Grundsätzen der Stellvertretung gegen sich gelten lassen muß. Empfängt ein Dritter, ohne daß die zuletzt genannte Voraussetzung zutrifft, die dem Gläubiger gebührende Leistung, so treten die Wirkungen der Erfüllung nur ein, wenn entweder der Gläubiger die Leistung an den Dritten genehmigt oder der Dritte das Forderungsrecht erwirbt oder der Gläubiger den Dritten beerbt und für dessen Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§§ 362 Abs. 2, 185). Des weiteren fragt es sich, ob die an den Gläubiger selbst bewirkte Leistung zur Erfüllung des Schuldverhältnisses nur dann führt, wenn der Gläubiger im Moment der Leistungserbringung geschäftsfähig ist? Die Frage ist da bedeutungslos, wo die Erfüllung nicht dem Gläubiger gegenüber zu erfolgen hat, sondern sich ohne besondere Richtung auf ihn vollzieht: die Verbindlichkeit des Hausangestellten aus dem Dienstvertrag ist durch ordnungsmäßige Verrichtung der Dienste auch dann beglichen, wenn der Dienstberechtigte inzwischen geisteskrank geworden ist. Wo aber die Leistungsbewirkung richtungsbedürftig ist, kann das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit des Gläubigers nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß wir vorhin dem Erfüllungsvorgang den Charakter einer Gläubigerverfügung abgesprochen haben. Denn ganz abgesehen davon, daß da, wo die Leistung eine dingliche Einigung verlangt, der Geschäftsunfähige mangels jeglicher Erwerbsfähigkeit die gläubigerseits notwendige Mitwirkung nicht zu prästieren vermag, so ist auch der beschränkt Geschäftsfähige trotz seiner Erwerbsfähigkeit zur selbständigen Einziehung seiner Forderungen nicht imstande. Wenn nämlich letztere auch keine Verfügung im technischen Sinne ist, so stellt sie doch einen Akt der Vermögensverwaltung dar. Diese aber ist durch ihre Übertragung an den gesetzlichen Vertreter dem nicht voll Geschäftsfähigen entzogen.

3. Streiten die Parteien darüber, ob der Schuldner erfüllt habe oder nicht, so hat dieser die Erfüllung zu beweisen. Nur dann, wenn Gegenstand des Streites

die quantitative oder qualitative Vollständigkeit der Leistung ist und der Gläubiger das ihm als Erfüllung Angebotene bereits „als Erfüllung angenommen" hat, trifft ihn die Beweislast (§ 363). Solche Annahme als Erfüllung liegt aber nicht schon da vor, wo der Gläubiger die Leistung einstweilen entgegennimmt, entweder um sie auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu prüfen oder um die erkennbar ordnungswidrige im Interesse des Schuldners vor Verderb zu schützen, sondern „Annahme als Erfüllung" bedeutet ein Gebaren des Gläubigers, aus dem zu schließen ist, daß er sich für befriedigt hält. Erklärt sich der Gläubiger in dieser Weise für befriedigt, obwohl er die Lückenhaftigkeit der Leistung kennt, so würde damit nicht nur die eben gedachte Umkehrung der Beweislast, sondern darüber hinaus unter Umständen der Verlust der ihm aus der Nichterfüllung erwachsenen Ansprüche verbunden sein.

Zur Behebung von Beweisschwierigkeiten in Ansehung der Erfüllung bedient sich der Verkehr des Instituts der Quittung. Letztere ist eine vom Gläubiger für den Schuldner ausgestellte Urkunde, in der der Gläubiger den Empfang der geschuldeten Leistung bekennt. Sie verkörpert also ein außergerichtliches Geständnis des Gläubigers. Auf eine solche Quittung hat der Schuldner ein Recht; ja, wo er ein Interesse daran hat, daß die Quittung in besonderer, namentlich öffentlich beglaubigter Form erteilt wird (man denke an die sogenannten löschungsfähigen Quittungen), kann er die Beobachtung der qualifizierten Form verlangen (§ 368). Leistung und Quittung sind Zug um Zug auszutauschen, so daß der Schuldner bis zur Aushändigung des Empfangsbekenntnisses ein Zurückbehaltungsrecht an dem geschuldeten Gegenstand hat, ohne natürlich durch Nichtausübung des Retentionsrechtes den Quittungsanspruch zu verlieren. Immer aber hat der Schuldner die Kosten der Quittung zu tragen und vorzuschießen (§ 369). Im Gegensatz zum römischen Rechte ist die Quittung heutzutage sofort mit ihrer Ausstellung beweiskräftig (§ 17 Abs. 1 EG. zur ZPO.). Doch steht dem Gläubiger gegen sie, wie gegen jedes Beweismittel, der Gegenbeweis offen. Bloß wenn die Quittung von den Parteien zum Zwecke des Schulderlasses benutzt worden ist, hat sie den Charakter einer reinen Beweisurkunde abgestreift und die Natur einer dem Schuldner gemachten Zuwendung angenommen, die der Gläubiger nicht im Wege des einfachen Nachweises, daß er vom Schuldner nichts bekommen habe, sondern nur unter den Voraussetzungen rückgängig machen kann, unter denen er vom anderen Teile eine ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen darf. Schließlich vermag die Quittung auch noch eine dritte Funktion, nämlich die einer Vollmacht zu versehen, indem der Überbringer einer Quittung im Zweifel als ermächtigt gilt, die Leistung im Namen des Gläubigers in Empfang zu nehmen (§ 370).

Der Anspruch auf die Quittung läßt das Recht des Schuldners, die Rückgabe des seinerzeit ausgestellten Schuldscheins vom Gläubiger zu fordern, unberührt. Behauptet letzterer, zur Rückgabe außerstande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei (§ 371).

§ 22. Leistung an Erfüllungsstatt.

Die Erfüllung bedurfte begrifflich keiner Zustimmung des Gläubigers. Dafür trat sie auch nur ein, wenn der Schuldner die geschuldete, d. h. eine dem Obligationsinhalt völlig entsprechende Leistung bewirkte. Aber auch die Erbringung einer anderen als der geschuldeten Leistung kann den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreien; jedoch nur dann, wenn der Gläubiger die nicht obligationsmäßige Leistung „annimmt", d. h. sich mit ihr einverstanden erklärt (§ 364 Abs. 1). Man spricht dann von „Leistung an Erfüllungsstatt" (datio in solutum). Im Gegensatz zur Erfüllung vollzieht sich hier das Erlöschen des Schuldverhältnisses im Wege

des Vertragsschlusses. Einen Zwang zu solchem Vertragsschluß, wie ihn in einzelnen Fällen das römische Recht dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger verlieh, kennt das BGB. nicht.

Für die Leistung an Erfüllungsstatt kommen sowohl körperliche wie unkörperliche Gegenstände, und unter den ersteren bewegliche wie unbewegliche Sachen in Betracht. Leidet der hingegebene Gegenstand an einem Sach- oder Rechtsmangel, so war es im gemeinen Rechte bestritten, ob sich daraus die Unwirksamkeit der datio in solutum und infolgedessen das Fortbestehen des Forderungsrechtes ergebe, oder ob das Schuldverhältnis getilgt bleibe und der Gläubiger auf die Rechtsbehelfe zu verweisen sei, die dem Käufer im Falle der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands an die Hand gegeben seien. Das BGB. hat die Streitfrage im letzteren Sinne entschieden (§ 365).

Die Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger zur Befriedigung anbietet, kann auch darin bestehen, daß der Schuldner eine neue Verbindlichkeit, und dann gewöhnlich eine „abstrakte", auf sich nimmt (man denke an die „Zahlung" von Kaufpreisschulden durch Schuldanerkenntnis, Scheck oder Wechsel). Hier ist nach dem Gesetzbuch im Zweifel nicht davon auszugehen, daß der Gläubiger in die Begründung der neuen Forderung gewilligt habe, um sie gegen die alte einzutauschen. Sondern die durchschnittliche Willensmeinung des Gläubigers ist darauf gerichtet, die neue Obligation neben der alten, also zu deren Stärkung und Sicherung zu erwerben, so daß das alte Schuldverhältnis erst mit seiner oder des neuen Erfüllung erlischt (§ 364 Abs. 2). Es müssen besondere, eine abweichende Auffassung rechtfertigende Umstände vorliegen, wenn in der Übernahme der neuen Schuld eine die alte tilgende Leistung an Erfüllungsstatt erblickt werden soll. Soweit ein solcher Ausnahmefall gegeben ist, würden wir es mit einer der römischen Novation verwandten Erscheinung zu tun haben.

§ 23. Die Hinterlegung.

Es kann vorkommen, daß der leistungswillige und an sich auch leistungsfähige Schuldner doch nicht in der Lage ist, die Erfüllung der Obligation herbeizuführen, weil der Leistungsbewirkung Hindernisse auf seiten des Gläubigers im Wege stehen. Solchenfalls gibt die Rechtsordnung dem Schuldner die Möglichkeit, sich vom Schuldverhältnis dadurch zu befreien, daß er den geschuldeten Gegenstand bei einer Behörde für den Gläubiger hinterlegt. Der Staat nimmt hier gewissermaßen als negotiorum gestor des Gläubigers die Leistung für ihn in Empfang. Aber gerade diese staatliche Seite des Hinterlegungswesens läßt letzteres tief eingreifen in die Behördenorganisation der einzelnen Länder. Das BGB. hat darum bei seiner Regelung große Zurückhaltung üben müssen und die Vorschriften über die Hinterlegung bedürfen in zahlreichen Punkten der Ergänzung durch die einzelstaatlichen Hinterlegungsordnungen (EG. Art. 144—146).

Objektive Voraussetzung der Hinterlegung ist die Hinterlegungsfähigkeit der geschuldeten Sache. Hinterlegungsfähig aber sind nach Reichsrecht nur Geld, Urkunden (insbesondere Wertpapiere) und Kostbarkeiten. Das Landesrecht kann den Kreis der sich zur Hinterlegung eignenden Sachen erweitern. In subjektiver Hinsicht wird erfordert, daß der Gläubiger entweder im Annahmeverzug ist[1]), oder daß der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann (der geschäftsunfähige Gläubiger ist ohne gesetzliche Vertretung), oder daß der Schuldner ohne eigene Fahrlässigkeit über die Person des Gläubigers im Ungewissen ist (man denke an das Unbekanntsein des Gläubigers infolge Vererbung des Forderungsrechtes). Die

[1]) Darüber das Nähere unten in § 30.

Hinterlegung muß vom Schuldner selbst ausgehen: dritte Personen können auch wenn sie berechtigt sind, an Stelle des Schuldners zu erfüllen, zur Hinterlegung nach richtiger Ansicht nur im Ausnahmefall des § 268 schreiten (§ 372) Eine Pflicht des Schuldners zur Hinterlegung besteht nicht; es ist seine Sache, ob er es vorzieht, mit der Schuldverbindlichkeit weiter belastet zu sein.

Die Einzelheiten des bei der Hinterlegung einzuschlagenden Verfahrens bestimmt das Landesrecht. Nach letzterem richtet sich auch die funktionelle und örtliche Zuständigkeit der in Betracht kommenden Behörde. Angehen einer örtlich unzuständigen Stelle macht die Hinterlegung nicht unwirksam, verpflichtet aber den Schuldner zum Schadensersatz; wie er auch ersatzpflichtig ist, wenn er dem Gläubiger die erfolgte Hinterlegung, obwohl er es tun konnte, nicht anzeigt (§ 374). Durch die Hinterlegung wird zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle ein Verwahrungsvertrag zugunsten des Gläubigers geschlossen. Den letzterem daraus gegen die Hinterlegungsstelle erwachsenden Anspruch auf Ausantwortung der für ihn hinterlegten Sache kann der Schuldner dadurch beschränken, daß er das Recht des Gläubigers auf Herausgabe der hinterlegten Sache von der Bewirkung der diesem obliegenden Gegenleistung abhängig macht (§ 373). In dem Normalfall, daß der Schuldner eine ihm gehörige Sache hinterlegt, steht das Eigentum an der hinterlegten Sache, solange es der Gläubiger nicht in Gemäßheit der Vorschriften des Sachenrechts oder der Fiskus nicht nach Maßgabe des Landesrechts erworben hat, dem Schuldner zu. Neben dieser dinglichen Beziehung zur hinterlegten Sache hat der Schuldner gegen die Hinterlegungsstelle einen obligationsrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr der hinterlegten Sache, der mit dem Herausgabeanspruch des Gläubigers konkurriert (§ 376 Abs. 1) und durch dessen Ausübung der gläubigerische Anspruch hinfällig wird. Dieses — der Pfändung entzogene — Rücknahmerecht des Schuldners erlischt aber, wenn letzterer der Hinterlegungsstelle den Verzicht darauf ausspricht oder wenn der Gläubiger ihr „die Annahme erklärt" oder wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen Gläubiger und Schuldner ergangenes, die Hinterlegung für rechtmäßig erklärendes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird (§§ 376 Abs. 2; 377).

Da der hinterlegte Gegenstand zunächst dem Rückforderungsrecht des Schuldners unterliegt, kann die Hinterlegung als solche den Schuldner noch nicht von der Verbindlichkeit befreien, um deren Tilgung willen sie erfolgt ist. Sondern die Hinterlegung hat in Ansehung dieses Schuldverhältnisses vorerst nur die Wirkung, daß der Schuldner den ihn um Zahlung angehenden Gläubiger auf den hinterlegten Gegenstand verweisen darf und daß der Gläubiger, falls sie nicht ohnedies schon auf ihn übergegangen ist, von jetzt an die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache trägt und der Schuldner für die Zukunft weder zur Zinszahlung noch zum Ersatz wegen nicht gezogener Nutzungen verpflichtet ist — Folgen, die mit rückwirkender Kraft aufhören, wenn der Schuldner sein Rücknahmerecht ausübt (§ 379). Erst wenn dieses aus den vorhin erwähnten Gründen erloschen ist, „wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte" (§ 380).

Die Kosten der Hinterlegung fallen, sofern nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt, dem Gläubiger zur Last (§ 381).

Die Wohltat der Hinterlegungsmöglichkeit fehlt den Schuldnern von nicht hinterlegungsfähigen Sachen. Aber auch ihnen muß geholfen werden, wenn sie aus Gründen in der Person des Gläubigers außerstande sind, ihre Verbindlichkeit zu erfüllen. Das Gesetz gibt ihnen zu diesem Zwecke das Recht, durch einen öffentlichen Funktionär die geschuldete bewegliche Sache auf Rechnung des Gläubigers am Leistungsort (eventuell an einem geeigneteren Orte) versteigern oder, wenn sie einen Börsen- bzw. Marktpreis hat, freihändig verkaufen zu lassen und den Erlös

zu hinterlegen. Dieses Recht hat der Schuldner unbedingt gegenüber dem im Annahmeverzug befindlichen Gläubiger; in den übrigen oben aufgezählten Fällen des Gläubigerhindernisses hingegen nur dann, wenn „der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist". Wegen weiterer Einzelheiten über den Selbsthilfeverkauf ist auf das BGB. selbst zu verweisen (§§ 383—386; vgl. dazu auch § 373 HGB.).

Dem Schuldner einer unbeweglichen Sache steht das Recht des Selbsthilfeverkaufs aus naheliegenden Gründen nicht zu. Seine Interessen sind nach Möglichkeit dadurch gewahrt, daß er gegenüber einem morosen Gläubiger den Besitz des Grundstücks aufgeben kann, ohne dadurch natürlich von einer etwa auf ihm lastenden Eigentumsverschaffungspflicht frei zu werden (§ 303).

§ 24. Die Aufrechnung.

Hat der Schuldner ebenfalls einen Leistungsanspruch gegen den Gläubiger, so können selbstverständlich beide Parteien mit Rücksicht darauf, daß ihre Forderungen sich einander gegenüberstehen, das Erlöschen dieser Forderungen vereinbaren. Das ist es aber nicht, was man gemeinhin als das Recht zur „Aufrechnung" bezeichnet. Sondern darunter begreift man die Befugnis, durch einseitige Erklärung den Untergang beider Forderungen, soweit sie sich decken, herbeizuführen. Der Aufrechnende wird in den Stand gesetzt, mit seiner Forderung seine Schuld zu bezahlen und die Forderung des Gegners zur Begleichung von dessen Verbindlichkeit zu verwenden; er ist also in der Lage, über beide Forderungen zu verfügen. Die Fähigkeit zu solcher einseitigen, eine Art eigenmächtiger Selbsthilfe darstellenden Aufrechnung ist keine Selbstverständlichkeit, sondern bedarf der Anerkennung durch das positive Recht. Indem das römische Recht sie als einen Ausfluß der exceptio doli generalis betrachtete, brachte es das Institut der Aufrechnung in enge Beziehung zum Prozeß. Wenn aber auch die Aufrechnung häufig im Prozeß erklärt wird und solchenfalls vielleicht Qualifikationen erfährt nach Maßgabe des Prozeßrechts, so hat sie doch nach ihrer Zweckbestimmung nichts mit dem Prozeß zu tun, wenigstens nicht in höherem Maße als alle übrigen Schuldbefreiungsgründe, und ist darum in erster Linie als privatrechtliches Geschäft und als außergerichtliche Handlung zu werten. Als solche erscheint sie denn schon im gemeinen Rechte und das BGB. hat durch eine eingehende Regelung ihrer Voraussetzungen, ihrer Geltendmachung und ihrer Wirkungen diese Entwicklung zum Abschluß gebracht.

Wenn der Schuldner mittelst einseitiger Erklärung aufrechnen will, muß seine Forderung gegen den Gläubiger einen Leistungsgegenstand von gleicher Art wie des Gläubigers Forderung gegen ihn aufweisen (§ 387)[1]). Ein weiteres aber wird in objektiver Hinsicht nicht gefordert. Die Aufrechnung ist also begrifflich nicht auf Geldforderungen beschränkt, wenn schon diese natürlich für sie das Hauptanwendungsgebiet abgeben. Auch einen inneren sachlichen Zusammenhang zwischen Forderung und Gegenforderung (Konnexität) verlangt die Kompensation nicht (anders als die Retention, die wiederum das Erfordernis der Gleichartigkeit der

[1]) An und für sich möchte es abusiv erscheinen, bei der Aufrechnung den einen Teil als Gläubiger und den anderen Teil als Schuldner zu bezeichnen, da es ja im Wesen der Aufrechnung liegt, daß jeder Teil sowohl Gläubiger wie Schuldner ist. Indessen rechtfertigt sich der obige Sprachgebrauch dadurch, daß wir hier die Aufrechnung im Zusammenhang mit der Erfüllung, der Leistung an Erfüllungsstatt und der Hinterlegung betrachten und infolgedessen die Frage sehr wohl so formulieren können: inwieweit kann sich der Schuldner des Schuldverhältnisses, das wir bisher auf eine der gedachten Arten haben untergehen lassen, an ihrer Stelle der Aufrechnung bedienen? Die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner ist also im folgenden diejenige, gegen welche, die Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger diejenige, mit welcher aufgerechnet wird.

beiden Ansprüche nicht kannte)[1]. Normalerweise setzt die Aufrechnung die Identität der beiderseitigen Obligationssubjekte voraus; doch kann ausnahmsweise im Falle des § 268 ein Dritter mit seinem Forderungsrecht gegen den Gläubiger das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner tilgen und darf der Schuldner, wenn der Gläubiger seinen Anspruch zediert, zufolge § 406 unter Umständen mit seiner Forderung gegen den Gläubiger den nunmehr dem Zessionar gegen ihn, den Schuldner, zustehenden Leistungsanspruch bezahlen. Aber stets bedingt die Aufrechnung des Schuldners, daß seine Forderung einredefrei und fällig ist (§ 387); denn solange der Gläubiger die ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen nicht nötig hat, kann ihm nicht zugemutet werden, sich für seinen Aktivposten statt in bar mit der Befreiung von dieser Verbindlichkeit abfinden zu lassen. Hingegen braucht die eigene Schuld des Aufrechnenden nicht fällig zu sein; es genügt, daß letzterer zur Leistungsbewirkung befugt ist, was ja, wie wir wissen, regelmäßig schon vor der Fälligkeit der Fall ist. Nur wird der Schuldner, der seinerseits Barzahlung verlangen kann, ohne sie schon leisten zu müssen, für gewöhnlich kein Interesse daran haben, zur Kompensation zu schreiten. Ebensowenig wie hinsichtlich der Leistungszeit brauchen die kompensablen Forderungen hinsichtlich des Leistungs- oder des Ablieferungsortes übereinzustimmen. Immerhin sind hier im Falle der Nichtübereinstimmung dem Kompensationsrecht einige Schranken gezogen; namentlich ist dafür gesorgt, daß nicht jemand, der sich zu einem bestimmten Zeitpunkt Geld an einen bestimmten Ort bestellt hat, statt der benötigten Summe die Aufrechnung mit einer von ihm an einem anderen Orte zu erfüllenden Verbindlichkeit empfängt (§ 391). Ausgeschlossen ist natürlich jede Aufrechnung des Schuldners gegen solche Forderungen, die die Parteien durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Aufrechnung entzogen haben; ferner nach § 393 gegen solche Forderungen, die der Gläubiger aus vorsätzlichen Delikten des Schuldners erworben hat, da sonst jeder, der eine uneinbringliche Forderung hätte, sich dieses für ihn an und für sich wertlosen Vermögensobjektes bedienen könnte, um ohne eigenen Nachteil schädigend in die Rechtsgüterwelt desjenigen einzugreifen, gegen den sich jene Forderung richtet; und endlich ist mit geringen Ausnahmen nach § 394 ausgeschlossen die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen: wenn der Gesetzgeber aus sozialpolitischen Gründen die bare Befriedigung bestimmter Gläubiger wünscht und es deshalb verbietet, daß ein Dritter im Wege der Pfändung ihr Forderungsrecht zur zwangsweisen Tilgung ihrer Schulden verwendet, so kann er es logischerweise nicht dulden, daß der Schuldner solchen Gläubiger im Wege der Aufrechnung zwingt, sich an Stelle der Barzahlung mit der Befreiung von einer Verbindlichkeit zu begnügen. Nur in eingeschränktem Maße kann der Schuldner aufrechnen gegen beschlagnahmte und gegen fiskalische Forderungen (§§ 392, 395)[2].

Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile (§ 388 S. 1). Wie schon eingangs erwähnt, setzt sie keinen Prozeß über das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner voraus; und selbst wenn ein solcher schwebt, steht es im freien Belieben des Schuldners, ob er die Aufrechnung im Prozeß oder außergerichtlich vornehmen will. Aus naheliegenden Gründen kann die Aufrechnungserklärung nur unbedingt und unbefristet abgegeben werden (§ 388 S. 2). Sehr häufig kleidet sie der das Forderungsrecht des Gläubigers bestreitende Schuldner in die Form, daß er für den zweifelhaften Fall der Existenz der gläubigerischen Forderung mit einer Gegenforderung kompensiere. Darin läge keine wegen Bedingtheit unwirksame Aufrechnung, sondern, da das Vorhandensein einer

[1]) Oben S. 25.

[2]) Über die Schranken, die das sogenannte Reichsausgleichsgesetz vom 24. 4. 1920 der Aufrechnung im Verkehr mit Angehörigen der feindlichen Staaten zieht, ist nicht hier, sondern im Rechte des Versailler Friedensvertrags zu handeln.

Gegenforderung begriffliche und darum selbstverständliche Voraussetzung jeder Kompensation ist, lediglich das Operieren mit einer condicio juris. Hat im Moment der Aufrechnung der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so ist es Sache des Aufrechnenden, die Forderungen zu bestimmen, die er gegeneinander aufgewogen wissen will. Während aber bei der Erfüllung der Gläubiger sich die entsprechende Bestimmung des Schuldners schlechthin gefallen lassen mußte, darf der Gläubiger hier, wo er seine Befriedigung nicht in bar empfängt, der schuldnerischen Bestimmung „widersprechen". Und tut er das unverzüglich, oder hat der Schuldner gar keine Bestimmung getroffen, so ergreift die Aufrechnung die kompensablen Forderungen in der Reihenfolge, die für den Fall einer Mehrheit von Schuldverhältnissen der von der Erfüllung handelnde § 366 vorsieht (§ 396).

Die Wirkung der Aufrechnung besteht im Erlöschen von Forderung und Gegenforderung. Da die Befugnis zur Aufrechnung nicht davon abhängt, daß beide Forderungen von gleicher Höhe sind, das Erlöschen aber naturgemäß nur insoweit erfolgt, als diese sich decken, so ist dem kompensierenden Schuldner trotz des § 266 die Möglichkeit einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers gegeben. Der schuldtilgende Effekt der Aufrechnungserklärung tritt in dem Augenblick ein, in dem sie nach den allgemeinen Lehren der Rechtsgeschäfte (vgl. insbesondere § 130) Gültigkeit erlangt. Hat er sich aber in diesem Moment eingestellt, wird er zurückdatiert auf den Zeitpunkt, in dem Forderung und Gegenforderung einander als kompensabel gegenüber getreten sind und in dem darum die Aufrechnung schon hätte vorgenommen werden können (§ 389). Diese Rückwirkung ist namentlich da von Bedeutung, wo sich der Schuldner bei Abgabe der Kompensationserklärung bereits im Leistungsverzug befindet. Denn indem er den Gläubiger statt in bar im Wege der Aufrechnung befriedigt, erreicht er hier unter Umständen, daß er von der Verpflichtung, Verzugszinsen oder Vertragsstrafen zu entrichten, wieder frei wird bzw. Beträge, die er unter diesem Gesichtspunkt abgeführt hat, zurückfordern kann. Hingegen darf man aus der rückwirkenden Kraft der Kompensation nicht den Schluß ziehen, daß der Schuldner, der mittels Barzahlung erfüllt hat und nachträglich eine schon damals vorhandene Aufrechnungsmöglichkeit bemerkt, noch jetzt die Kompensation zu erklären und das Geleistete zu kondizieren imstande sei. Denn die Erfüllung hat die Forderung des Gläubigers zum Erlöschen gebracht, so daß es bei Vornahme der Aufrechnung an dem für letztere unerläßlichen Vorhandensein von Forderung und Gegenforderung fehlen würde.

§ 25. Sonstige Erlöschungsgründe.

In den bisher behandelten Fällen war der Untergang der Obligation mit einer irgendwie gearteten Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner verbunden. Es gibt aber auch Erlöschungsgründe, denen zufolge der Gläubiger sein Forderungsrecht verliert, ohne vom Schuldner Erfüllung oder Erfüllungssurrogate empfangen zu haben.

Diesen Ausgang kann das Schuldverhältnis einmal da nehmen, wo dem Schuldner die Bewirkung der ihm obliegenden Leistung unmöglich wird. Davon wird in anderem Zusammenhang zu reden sein[1]).

Sodann zählt herkömmlicherweise zu den anormalen Formen der Obligationsbeendigung der sogenannte concursus causarum lucrativarum, der von der seltenen, mehr der Theorie als der Praxis angehörigen Figur handelt, daß der Gläubiger vom Schuldner ex causa lucrativa (Schenkungsversprechen oder Vermächtnis) eine individuell bestimmte Sache zu fordern hat und diese Sache von anderer Seite

[1]) Unten § 29.

unentgeltlich erwirbt. Indessen kann hier zwar durch den anderweiten Sacherwerb des Gläubigers der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei werden, er braucht es aber nicht zu werden. Ob er es wird oder ob er statt der Sache den Wert zu leisten hat, läßt sich weder aus dem hier gern herangezogenen Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung noch mit Hilfe des mißverständlichen Begriffs der ,,Zweckerreichung'', sondern nur im Wege der Auslegung des Rechtsgeschäftes entscheiden. dem das unentgeltliche Forderungsrecht des Gläubigers entstammt.

Eine singuläre Beendigung der Obligation stellt drittens die Konfusion dar Darunter versteht man die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person. Ihr wichtigster, wenn auch keineswegs einziger Anwendungsfall ist die Beerbung der einen Partei des Schuldverhältnisses durch die andere. Die Konfusion bringt das Forderungsrecht zum Erlöschen, weil ihr zufolge das Vermögen, das für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftet, dem Gläubiger selbst gehört. Darum versagt die schuldtilgende Kraft der Konfusion, wenn dieses Vermögen für die auf ihm lastenden Schulden nur beschränkt haftet, so daß seine rechtliche Trennung von dem übrigen dem Gläubiger gehörigen Vermögen trotz Identität des Vermögensträgers aufrechterhalten werden muß (§§ 1976, 1991 Abs. 2).

Der wichtigste Fall, wo der Gläubiger beim Erlöschen der Obligation leer ausgeht, ist der Erlaß. Er bedeutet die Vereinbarung von Gläubiger und Schuldner. daß letzterer ohne Leistungsbewirkung von seiner Verbindlichkeit frei sein soll (§ 397 Abs. 1). Der Erlaß bedarf demnach eines Vertragsschlusses; der einseitige Verzicht würde dem Gläubiger das Forderungsrecht nicht nehmen. Der Erlaßvertrag ist an keine Form gebunden. Er kann also auch mündlich, ja selbst vermittelst konkludenter Handlung eingegangen werden. Die Parteien können ihn auch in das bewußt unwahre Bekenntnis des Gläubigers kleiden, daß er die geschuldete Leistung erhalten habe (§ 397 Abs. 2). Man spricht dann von einem ,,negativen Anerkenntnisvertrag'' im Gegensatz zu dem früher erwähnten schuldbegründenden und darum ,,positiven'' Anerkenntnisvertrag. Obwohl das negative Anerkenntnis der Schriftform des positiven entraten kann, erscheint es häufig in Gestalt einer vom Gläubiger ausgestellten Quittung[1]).

Der Erlaß ist ein Geschäft des Obligationenrechts; aber er ist kein Verpflichtungsgeschäft, sondern ein Verfügungsgeschäft. Denn er führt den Untergang der Obligation unmittelbar herbei. Er ist darum begrifflich scharf zu scheiden von einem Vertrag, in dem der Gläubiger dem Schuldner die Forderung nicht sowohl erläßt, als zu erlassen verspricht. Namentlich ist diese Trennung von Erlaß und Erlaßvorvertrag wichtig, wo dem Schuldner die Befreiung von der Obligation geschenkt werden soll. Dann bedarf der Erlaß als Barschenkung auch aus schenkungsrechtlichen Gesichtspunkten keiner besonderen Form, während der Erlaßvorvertrag ein Schenkungsversprechen enthalten und darum der Formvorschrift des § 518 unterstehen würde.

Der Erlaß ist ein abstraktes Rechtsgeschäft und deshalb in dem früher geschilderten Umfang unabhängig von seiner causa. Er kann insbesondere gültig sein. obwohl der Rechtsgrund, um dessentwillen er vorgenommen wurde, nicht besteht. Hat der Gläubiger A dem Schuldner B die ererbte Forderung erlassen, weil der Erblasser des A dem B die Schuldbefreiung im Testament vermacht hatte (causa solvendi), so ist der Erlaß wirksam erfolgt, auch wenn wegen Nichtigkeit des Testaments eine Verpflichtung zu seiner Vornahme für A gar nicht entstanden war. Nur kann letzterer von B mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung die Wiederherstellung der Forderung verlangen.

---

[1]) Oben S. 32 und 46.

Viertes Kapitel.

Veränderungen im Inhalt des Schuldverhältnisses.

§ 26. Allgemeines.

Nur ein Teil der Schuldverhältnisse hat das einfache Schicksal, daß er mit dem Inhalt erlischt, mit dem er entstanden ist. Ein anderer Teil macht einen komplizierteren Werdegang durch, indem er in der Zwischenzeit inhaltliche Veränderungen erfährt. Solche Veränderungen können einmal von den Parteien durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch Vertrag herbeigeführt werden. Davon wird an späterer Stelle gehandelt werden[1]). Änderungen des Obligationsinhaltes sind aber auch ohne Rechtsgeschäft möglich. Damit soll nicht das in der letzten Zeit vielfach erörterte Problem berührt sein, ob der Richter von sich aus zur Änderung von Schuldverhältnissen, insbesondere zur Herauf- oder Herabsetzung der für eine Leistung vereinbarten Gegenleistung befugt sei. Denn diese Frage ist, soweit sie nicht für einzelne Spezialfälle eine besondere gesetzliche Regelung erfahren hat, ähnlich wie die nach der clausula rebus sic stantibus letzten Endes eine solche der Vertragsauslegung und gehört darum ihrem systematischen Zusammenhang nach in die allgemeine Vertragslehre. Wenn wir hier von inhaltlichen Veränderungen der Obligation reden, die nicht auf einem Abänderungsgeschäft der Parteien beruhen, so haben wir ausschließlich die Fälle im Auge, in denen das Gesetz von sich aus, wenn auch überwiegend durch dispositive Rechtssätze, an gewisse Tatbestände eine Erweiterung oder Abschwächung oder Umwandlung der schuldnerischen Leistungspflicht knüpft. Diese Tatbestände lassen sich im weitesten Sinne unter dem Begriff der Nichterfüllung der Obligation zusammenfassen. Dabei sind aber zwei große Gruppen von Nichterfüllung zu unterscheiden.

In dem einen Falle liegt das Ausbleiben der Erfüllung daran, daß der Gläubiger nicht diejenigen für die Leistungsbewirkung des Schuldners erforderlichen Bedingungen setzt, die nach Gesetz, Vertrag oder Verkehrsanschauung von seiner Seite zu beschaffen sind. Diese Erfüllungshindernisse machen das Gebiet des Annahmeverzugs aus, mit dem wir uns des näheren noch zu befassen haben werden[2]).

Die andere Gruppe sagt nichts Positives aus über die Sphäre, aus der die Erfüllungsvereitelung stammt, sondern läßt sich nur negativ dahin charakterisieren, daß hier die Erfüllung nicht an der Unzulänglichkeit der vom Gläubiger zu prästierenden Mitwirkung scheitert. Weil diese Gruppe alle Fälle der Nichterfüllung umfaßt, die nicht zur Kategorie des Annahmeverzugs gehören, kann bei ihr von Nichterfüllung im engeren Sinne gesprochen werden. Und in diesem engeren Sinne werden wir im folgenden den Begriff der Nichterfüllung ausschließlich gebrauchen.

Mit den beiden Figuren des Annahmeverzugs und der schuldnerischen Nichterfüllung hätte das BGB. bei der Normierung der gesetzlichen Schuldabänderungsgründe sich begnügen können. Es hat aber statt dessen die Nichterfüllung nicht als solche, sondern davon nur einzelne, nach seiner Meinung das Gebiet erschöpfende Erscheinungsformen geregelt. Diese Erscheinungsformen sind der Verzug und die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners. In Wahrheit aber erschöpfen diese Begriffe höchstens den hier dem Gesetz offenbar vorschwebenden Gegensatz der unpünktlichen und der unerbringbaren Leistung, aber keineswegs den ganzen Bereich unserer schuldnerischen Nichterfüllung. Denn selbst wenn sich die Zuwiderhandlung gegen Unterlassungspflichten zur Not noch jenen beiden Begriffen unterstellen läßt, so bleibt noch immer eine große Reihe von durch sie nicht gedeckten

---

[1]) Unten § 31.
[2]) Unten § 30.

Fällen übrig. Hat sich ein Büchersachverständiger verpflichtet, einem Kaufmann bis zum 25. Januar die Bilanz für das abgelaufene Jahr zu errichten, und liefert er sie schon am 20. Januar, aber in einer auf fehlerhaften rechnerischen Grundlagen aufgebauten Weise ab, so hat er seine Vertragspflichten nicht erfüllt, aber er befindet sich weder im Verzug noch braucht ihm die rechtzeitige Fertigstellung einer richtigen Bilanz unmöglich zu sein, wie denn auch der Gläubiger durch diese schuldnerische Vertragsverletzung einen selbständigen, mittels nachträglicher Bilanzkorrektur nicht zu beseitigenden Schaden erlitten haben kann. Ähnlich liegen die Dinge, wenn ein Prinzipal einem Gehilfen ein unrichtiges Zeugnis ausstellt oder ein Ofensetzer den Ofen selbst zwar einwandfrei setzt, bei der Hantierung mit der Leiter aber wertvolle Zimmergegenstände beschädigt. Man hat für diese Fälle in der Literatur die Kategorie der positiven Vertragsverletzung oder der Schlechtleistung geschaffen. Ihre praktische Bedeutung ist über Gebühr aufgebauscht worden. Wirkliche Probleme kann sie nur demjenigen stellen, der demselben Fehler wie der Gesetzgeber verfallen ist, daß Verzug und Unmöglichkeit der Leistung die eigentlichen Formen der schuldnerischen Nichterfüllung seien und dem infolgedessen jenes Rechtsgebilde außerhalb aller gesetzlichen Regelung zu stehen scheint. Wer hingegen in der positiven Vertragsverletzung nichts weiter als eine dritte, im Gesetzbuch versehentlich übergangene Erscheinungsform der Nichterfüllung erblickt, dem wird es ein leichtes sein, aus den Rechtssätzen über Verzug und Unmöglichkeit der Leistung für deren Oberbegriff brauchbare Normen abzuleiten und diese sinngemäß auf die vom Gesetzgeber vergessene Rechtsfigur anzuwenden.

Der vom Gesetz eingeschlagene Weg zwingt uns, die Lehre von der schuldnerischen Nichterfüllung ebenfalls an der Hand der Begriffe des Leistungsverzuges und der Leistungsunmöglichkeit zu entwickeln. Vor der Behandlung dieser Materien bedarf indessen noch ein anderer Gegenstand der Erörterung. Die mit der unpünktlichen und der unmöglichen Leistung verbundenen Rechtsfolgen gestalten sich grundsätzlich verschieden, jenachdem der Schuldner die Ereignisse, die die Unpünktlichkeit oder die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen, zu vertreten hat oder nicht. Wir müssen darum zunächst uns fragen, wann die Nichterfüllung auf einem vom Schuldner zu vertretenden und wann sie auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand beruht[1]).

§ 27. Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände.

1. Nach § 276 hat der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen. Beide zusammen machen den Begriff des Verschuldens aus. Die Nichterfüllung der Obligation ist also dann vom Schuldner zu vertreten, wenn sie auf einen von ihm verschuldeten Umstand zurückzuführen ist. Der Verschuldensbegriff ragt in seiner Bedeutung weit über das Obligationenrecht hinaus und ist darum im allgemeinen Teile des bürgerlichen Rechtes zu behandeln. Von den beiden Schuldformen kann durch Parteiberedung die Haftung für Fahrlässigkeit, nicht aber im voraus die für Vorsatz ausgeschlossen werden. Letzteres versteht sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst; ist aber in § 276 Abs. 2 überdies besonders ausgesprochen worden. Statt für jede Fahrlässigkeit macht das Gesetz den Schuldner bisweilen nur für grobe Fahrlässigkeit, bisweilen nur für diejenige Sorgfalt verantwortlich, die er in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt (vgl. dazu § 277). Der Grund für diese geminderte Haftung liegt darin, daß sich der Verkehr in solchen Fällen mit einer geringeren Sorgfalt des Schuldners begnügt. Das Gesetzbuch

---

[1]) Ein sprachlicher Fehler ist es, wenn in der Literatur vielfach von vertretbarer und nicht vertretbarer Unmöglichkeit der Leistung geredet wird. Es gibt vertretbare und unvertretbare Sachen, aber immer nur zu vertretende und nicht zu vertretende Umstände.

hätte darum mit dem einen, in der Legaldefinition des § 276 Abs. 1 S. 2 niedergelegten Begriff der Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht nur auskommen können, sondern es würde die Preisgabe jener dem römischen Rechte entlehnten Distinktionen durch die größere Bewegungsfreiheit, die sie dem Richter eingeräumt hätte, in manchen Fällen auch zu sachlich befriedigenderen Resultaten geführt haben. Weder von vorsätzlicher noch von fahrlässiger Nichterfüllung kann da die Rede sein, wo der Schuldner infolge entschuldbaren Irrtums von seiner Leistungspflicht nichts weiß oder wo er zu denjenigen Personen gehört, die nach Maßgabe der §§ 827, 828 eines schuldhaften Verhaltens überhaupt nicht fähig sind (§ 276 Abs. 1 S. 3).

2. Ein de lege ferenda umstrittenes Problem ist es, ob und in welchem Umfang der Schuldner außer für sein eigenes Verschulden für das zur Nichterfüllung der Obligation führende Verschulden dritter Personen verantwortlich gemacht werden soll. Zwar ist sicher, daß es dem Schuldner nicht zur Last gelegt werden kann, wenn dritte Personen ohne sein Wissen und Wollen und ohne daß eine Fahrlässigkeit von seiner Seite mit im Spiele ist, störend in das Schuldverhältnis eingreifen. Und ebenso ist sicher, daß, wenn der Schuldner dritte Personen bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten hinzuzieht, deren Inhalt solche Verwendung dritter Personen verbietet, oder wenn er da, wo der Obligationsinhalt die Mitwirkung anderer gestattet, die anderen nachlässig auswählt, er dem Gläubiger haftbar ist, aber nicht unter dem Gesichtspunkt einer Haftung für fremdes, sondern für eigenes Verschulden, und darum haftbar ist nicht nur für den vom Dritten verschuldeten, sondern auch für den von diesem schuldlos verursachten Schaden. Schwierigkeiten ergeben sich für den Gesetzgeber erst, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Schuldner einzustehen hat für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Schuldverpflichtung erlaubterweise und nach einer auf Grund sorgfältiger Prüfung getroffenen Auswahl bedient. Diese Frage ist in Überspannung des sogenannten Verschuldensprinzipes von früheren Rechtsordnungen vielfach verneint worden. Das BGB. hat sie, in Verwertung eines vom code civil in Art. 1384 zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens, bejaht durch die Bestimmung des § 278 S. 1: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im gleichen Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.“ Hier wird also auch bei Freiheit des Schuldners von jedem eigenen Verschulden das Verhalten eines anderen für einen von ihm zu vertretenden Umstand erklärt. Die Drittperson aber muß der Vorwurf des Verschuldens treffen; würde auch sie die Nichterfüllung der Obligation nicht verschuldet, sondern nur verursacht haben, so wäre eine Haftung des Schuldners nicht gegeben. Und die Frage, ob ein Verschulden des Dritten vorliegt, ist in Ansehung etwaiger Schuldausschließungsgründe aus dessen Individualität, hinsichtlich des an die Sorgfaltspflicht anzulegenden Maßstabes aber aus der des Schuldners zu beantworten: m. a. W. ein Drittverschulden liegt vor, wenn die Handlung der vollkommen deliktsfähigen Hilfsperson, falls vom Schuldner selbst begangen, eine culpa desselben involvieren würde. Diese Auslegung entspricht allein den Verkehrsbedürfnissen und dem Zwecke des § 278. Denn da die aus der Beschäftigung von Hilfspersonen sich ergebende Betriebsvergrößerung in erster Linie dem Schuldner zugute kommt, da ferner letzterer die mit der Vermehrung seiner Haftung verbundene Belastung durch Preiserhöhungen auf die Allgemeinheit abwälzen kann und er den alleinigen Einfluß auf Auswahl und Anleitung der Drittpersonen hat, so darf der Gläubiger durch die dem Schuldner bei der Leistungsbewirkung nachgelassene Zuziehung von Hilfskräften nicht schlechter gestellt werden, als er stehen würde, wenn der Schuldner der allein handelnde Teil geblieben wäre. Im einzelnen gibt der — übrigens abdingbare — § 278 trotz seines scheinbar eindeutigen Wortlauts sowohl hinsichtlich des Kreises der von ihm erfaßten Personen wie hinsichtlich des Kreises der unter

ihn fallenden Mitwirkungshandlungen zu einer großen Reihe von Streitfragen Anlaß, auf die hier nicht eingegangen werden kann.

3. Erfüllungshindernisse, die weder der Schuldner noch eine der im § 278 genannten Personen verschuldet hat, sind kein vom Schuldner zu vertretender Umstand. Sie stellen sich juristisch als ein Zufall dar, von dem der Grundsatz gilt: casus a nullo praestatur. Nur läßt natürlich auch dieser Grundsatz Ausnahmen zu. Sie können einmal von den Parteien geschaffen werden, indem diese ein Einstehen des Schuldners für zufällige Ereignisse vereinbaren (Erfüllungsgarantie). Sie sind sodann im Gesetz selbst vorgesehen, das nicht nur bei einzelnen Schuldverhältnissen das Verschuldensprinzip durchbricht, sondern von ihm auch Ausnahmen allgemeiner Natur kennt.

a) Zu den letzteren gehört nur teilweise die später zu berührende Vorschrift des § 287 S. 2, da sie die Zufallshaftung auf einer regelmäßig vorliegenden Verschuldenshaftung aufbaut. Wohl aber zählt hierher der § 279, der freilich als eine der mißglücktesten Formulierungen des Gesetzbuchs bezeichnet werden muß. Denn er sagt erheblich mehr und doch auch wieder viel weniger als seitens des Gesetzgebers hätte gesagt werden müssen. Dieser hat offenbar einer Berufung des Gattungsschuldners auf schuldlos unzulängliche Eindeckung vorbeugen wollen. In Wahrheit aber lautet der § 279: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“ Indem das Gesetz hier im Falle der Gattungsschuld jedes Leistungsunvermögen für einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand erklärt und damit letzten Endes an fast jede unpünktliche Erfüllung einer Genusobligation die Verzugsfolgen knüpft, belastet es den Schuldner mit einer Haftung, die in solcher Strenge weder billig ist noch vom Verkehrsbedürfnis verlangt wird. Auf der anderen Seite hindert der Wortlaut des § 279 den Schuldner einer Speziessache, etwa eines Gemäldes, nicht, der Erfüllungsklage gegenüber geltend zu machen, daß ihm dieses Gemälde von einem Darlehnsgläubiger abgepfändet worden sei, den er infolge unverschuldeten Mangels an Barmitteln nicht habe befriedigen können, während eine Untersuchung über Schuldhaftigkeit oder Schuldlosigkeit einer entstandenen Zahlungsunfähigkeit mit der Verkehrssicherheit schlechterdings unverträglich ist und darum die Insolvenz des Schuldners in erster Linie für einen von ihm unbedingt zu vertretenden Umstand seitens des Gesetzes hätte erklärt werden müssen, nach dem Muster des römischen Rechtes, das bekanntlich lehrte: incendium aere alieno non exuit debitorem.

b) Unter den einzelnen Schuldverträgen weisen Ausnahmen vom Verschuldensprinzip beispielsweise auf der später zu besprechende Beherbergungsvertrag (§ 701 S. 1), der Eisenbahnfrachtvertrag (§ 456 Abs. 1 HGB.) und der Postbeförderungsvertrag (§§ 6, 11 des Reichspostgesetzes vom 28. 10. 1871). In allen diesen Fällen wird die dem Schuldner auferlegte Zufallshaftung begrenzt durch die Nichthaftung für sogenannte höhere Gewalt[1]). Unter letzterer dürfen nicht, wie es vielfach geschehen ist, diejenigen Ereignisse begriffen werden, die der Schuldner auch bei denkbar größter Sorgfalt nicht vermeiden konnte. Dann würden jene Gesetzesstellen keine Zufallshaftung, sondern nur eine gesteigerte Verschuldenshaftung vorschreiben. Sie wollen aber gerade den Schuldner auch für die zufällige Nichterfüllung der Obligation einstehen lassen und davon nur einen bestimmten Kreis von Zufällen, eben die höhere Gewalt, ausnehmen. Zur richtigen Absteckung dieses Kreises führt die Erwägung, daß, wo das Gesetz bei einzelnen Schuldverträgen auch den Zufall zu einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand erhebt, es sich um Schuldverhältnisse handelt, die der Schuldner im Betrieb eines Unternehmens begründet hat, das

---

[1]) Vgl. dazu noch das unten § 49 unter 3g erwähnte Reichshaftpflichtgesetz.

durch seine Natur eine gewisse Gefahrenquelle darstellt. Da aber das Unternehmen für die Allgemeinheit unentbehrlich ist, kann die Rechtsordnung jenen Gefahren nicht durch seine Unterdrückung, sondern nur dadurch begegnen, daß sie die Folgen der Gefahren denjenigen tragen läßt, der aus dem Unternehmen den unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zieht. Darum soll hier die durch eine spezifische Betriebsgefahr verursachte Nichterfüllung der Obligation vom Schuldner selbst dann vertreten werden, wenn das sie herbeiführende Ereignis unvermeidbar war. Hingegen soll er nicht haften, wenn das die Nichterfüllung verursachende unverschuldete Ereignis nicht als Ausfluß der dem Unternehmen eigentümlichen Betriebsgefahr angesprochen werden kann, der Schuldgegenstand also von ihm ebensogut außerhalb dieses Unternehmens hätte betroffen werden können. Nichthaftung für höhere Gewalt bedeutet demnach Nichthaftung für solche Zufälle, die mit der dem Betrieb innewohnenden besonderen Gefahr in keinem inneren, sachlichen oder, wie sich auch sagen ließe, in keinem adäquaten Kausalzusammenhang stehen.

§ 28. Der Verzug des Schuldners.

1. Leistungsverzug bedeutet Leistungsverzögerung. Darum kann von einem Verzug des Schuldners nicht die Rede sein, solange die Leistung noch nicht fällig ist. Aber auch trotz eingetretener Fälligkeit läßt sich von Verzögerung nicht sprechen, wenn der Schuldner zur Verweigerung der geschuldeten Leistung berechtigt ist. Eine dem Schuldner zustehende Einrede schließt also seinen Verzug aus[1]).

Nächst der Fälligkeit der Leistung verlangt das Gesetz für den Eintritt des Verzugs zwei weitere Voraussetzungen. Es muß einmal die Unpünktlichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruhen, wobei freilich die Beweislast in Ansehung der Vertretungsfrage dem Schuldner obliegt (§§ 282, 285). Und es muß ferner überall, wo die Zeit der Leistung nicht kalendermäßig fixiert ist und infolgedessen nicht der Grundsatz eingreift: dies interpellat pro homine, der Gläubiger den Schuldner wegen der Leistung gemahnt haben (§ 284). Die Mahnung soll dem Schuldner gegenüber das sofortige Leistungsbegehr des Gläubigers zum Ausdruck bringen. Darum liegt im Zusenden einer Rechnung an sich noch keine Mahnung, während umgekehrt die Klageerhebung oder die Zustellung eines Zahlungsbefehles im sogenannten Mahnverfahren die rechtlich intensivste Form der Mahnung bedeutet.

2. Die Wirkungen des Verzugs ergreifen zunächst die Leistungspflicht des morosen Schuldners, erstrecken sich aber bei gegenseitigen Verträgen zufolge des funktionellen Synallagmas auch auf die Gegenleistungspflicht des Gläubigers.

a) Was zunächst die Leistungspflicht des Schuldners anlangt, so verwandelt sein Verzug sie in nachträgliche Erfüllungspflicht und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Bei Geldschulden, die nicht ihrerseits schon Zinsschulden sind, kann der Gläubiger als Mindestbetrag des Verzugsschadens die gesetzlichen Zinsen fordern, ohne gegebenenfalls an der Geltendmachung eines weiteren Schadens oder einer höheren Zinsvereinbarung verhindert zu sein (§§ 286 Abs. 1; 288—290)[2]).

---

[1]) Wegen der Besonderheit, die in dieser Hinsicht die sogenannte „aufschiebende Einrede" des Erben aufweist, vgl. das Erbrecht. — Über die Zahlungsfristen und Verzugsfolgenbeseitigung des Kriegswirtschaftsrechtes siehe Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse 15/18 § 248 unter IV (S. 70f.) und Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht 2 (1922) 106f.

[2]) Die in der letzten Zeit viel erörterte Streitfrage, ob als Verzugsschaden auch eine eingetretene Geldentwertung in Betracht komme, ist richtigerweise zu bejahen. Besonders ausgesprochen in der Novelle vom 29. 4. 23 zu § 87 des Betriebsrätegesetzes: „Kommt der Arbeitgeber mit der Zahlung der Entschädigung in Verzug, so hat er dem Arbeitnehmer auch den durch die Geldentwertung entstehenden Schaden zu ersetzen."

Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung machen nach Eintritt des Verzugs den Inhalt der schuldnerischen Verbindlichkeit aus. Wie darum der Schuldner jetzt beides dem Gläubiger anbieten muß, wenn er ihn in Annahmeverzug versetzen will, so kann andererseits der Gläubiger mehr als Erfüllung und Schadloshaltung wegen unpünktlicher Erfüllung grundsätzlich nicht begehren: er ist insbesondere nicht ohne weiteres berechtigt, unter Ablehnung der ausstehenden Erfüllung Schadensersatz wegen totaler Nichterfüllung zu verlangen.

Es lassen sich aber Fälle denken, wo der Gläubiger, ohne daß deswegen ein Fixgeschäft in dem früher erläuterten Sinne vorzuliegen braucht, infolge des Verzugs an der nachträglichen Leistung kein Interesse mehr hat. Dann gibt das Gesetz ihm die facultas alternativa, statt Erfüllung und Ersatz für verspätete Erfüllung schlechthin Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Die Wahl dieses Rechtsbehelfes bedeutet seitens des Gläubigers gewiß keinen Rücktritt vom Schuldvertrag, denn er leitet ja gerade aus dem Schuldverhältnis Ersatzansprüche ab; wohl aber finden auf den Rechtsbehelf hinsichtlich der Art seiner Geltendmachung, insbesondere hinsichtlich der Frage, inwieweit er die Fähigkeit des Gläubigers zur Rückgewähr einer etwa bereits empfangenen Teilleistung voraussetzt. die Vorschriften vom Rücktritt vom Vertrag entsprechende Anwendung (§ 286 Abs. 1 und 2). — Das durch jene Wahlbefugnis dem Gläubiger verliehene Privileg ist an sich mit dem Beweis des mangelnden Interesses an der nachträglichen Leistung belastet. Damit ist der Wert der Rechtswohltat stark beeinträchtigt, da das Gelingen solchen Beweises bei den subjektiven Abwägungen, um die es sich hier handelt, immer sehr unsicher sein wird. Das Gesetzbuch hat darum dem für Schadensersatz wegen Nichterfüllung optierenden Gläubiger Mittel und Wege eröffnet, durch die er sich jene Beweisführung ersparen kann. Bei gegenseitigen Verträgen darf nämlich nach § 326 Abs. 1 der Gläubiger dem morosen Schuldner eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne; dann ist nach fruchtlosem Ablauf der Frist der Gläubiger. ohne noch ein mangelndes Interesse an der Erfüllung beweisen zu müssen, Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung zu verlangen berechtigt; der Anspruch auf Erfüllung ist aber von da an ausgeschlossen. Und hat er ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erstritten, so ist nach § 283 Abs. 1 auch der Gläubiger aus einem nicht gegenseitigen Vertrag zu ähnlicher Fristsetzung befugt, und es kann nach deren vergeblichem Ablauf der Schuldner von der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur noch loskommen, wenn er den in diesem Stadium selten erbringbaren Nachweis führt, daß er die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands nicht zu bewirken imstande sei.

Selten erbringbar ist letzterer Beweis deshalb, weil der rechtskräftig verurteilte Schuldner in aller Regel auch ein moroser Schuldner sein wird und der im Verzug befindliche Schuldner auch für zufällige Unmöglichkeit der Leistung einzustehen hat. Erst recht hat er während des Verzugs für jedes Verschulden aufzukommen. mag er vorher auch nur für culpa lata oder nur für die diligentia verantwortlich gewesen sein, quam in suis rebus adhibere solet. Diese Sätze finden sich in § 287 besonders ausgesprochen, begreifen sich aber im Grunde genommen von selbst. Denn da der Schuldner infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands in Verzug geraten ist, müssen sich während des letzteren auch Ereignisse, die sonst zufällige wären, in zu vertretende Umstände verwandeln: hat der Schuldner die pünktliche Lieferung des Pferdes verabsäumt und kommt es bei ihm durch eine Feuersbrunst um, so hat der Schuldner zwar möglicherweise nicht die Feuersbrunst, aber jedenfalls die Tatsache zu vertreten, daß sich das Pferd noch in seinem, des Schuldners Gewahrsam und nicht, wie es der Obligationsinhalt verlangte, bereits im Stalle des Gläubigers befand.

Eine Unpünktlichkeit der Leistung, die nicht auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruht und infolgedessen keinen Verzug begründet, verpflichtet zwar den Schuldner zur nachträglichen Leistungsbewirkung, kann aber zu einer Verschärfung der schuldnerischen Haftung nur aus dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit des Leistungsanspruches führen (§§ 291, 292).

b) In den Rechtsfolgen des Leistungsverzuges, wie wir sie bisher kennengelernt haben, liegt an und für sich nicht die Notwendigkeit einbeschlossen, an dem Umfang der dem Gläubiger eines säumigen Schuldners obliegenden Gegenleistung etwas zu ändern. Denn zufolge der den Schuldner treffenden Schadensersatzpflicht steht sich beim Verzug der Gläubiger juristisch und — soweit das möglich ist — auch wirtschaftlich nicht schlechter als bei der pünktlichen Leistung. Und so ist es denn auch nicht zweifelhaft, daß der Gläubiger, der nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung begehrt, die volle vereinbarte Gegenleistung zu prästieren hat. Da aber, wo der Gläubiger seinem Rechte entsprechend Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangt, herrscht in der Literatur Streit, ob er die im Vertrag übernommene Gegenleistung bewirken müsse (Surrogationstheorie), oder ob er die Gegenleistung einbehalten und kurzerhand die Differenz zwischen dem erlittenen Schaden und der ersparten Gegenleistung fordern dürfe (Differenztheorie). Die Meinungsverschiedenheit ist natürlich von geringer praktischen Bedeutung, wenn die Gegenleistung des Gläubigers ebenfalls in Geld besteht und dadurch die Möglichkeit der Kompensation der beiderseitigen Ansprüche gegeben ist. Aber sie ist von großer praktischen Tragweite, wenn es an den Voraussetzungen der Kompensation fehlt, was auch bei sich gegenüberstehenden Geldforderungen der Fall sein kann und überall da der Fall ist, wo der Gläubiger eine andere Sache als Geld zu leisten hat. Entspricht nun auch die Surrogationstheorie, wie angedeutet, insofern der juristischen Logik, als der Schadensersatz das rechtliche Äquivalent der ursprünglichen Leistung darstellt und darum wie diese der Gegenleistung begrifflich wert sein muß, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Äquivalenztheorie bis zu einem gewissen Grade auf einer Fiktion beruht, indem sich eben im Leben nicht alle Interessen, auch nicht alle vermögensrechtlichen, restlos in Geld ausgleichen lassen. Und so sind in der Tat Fälle denkbar, wo es dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, den Schadensersatz des Schuldners mit der eigenen Gegenleistung zu erkaufen. Da aber das Gesetz bei seiner Regelung des Leistungsverzuges offensichtlich bestrebt ist, die Interessen des Gläubigers möglichst weitgehend zu berücksichtigen, wird man letzterem auch ohne ausdrücklichen Rechtssatz, wenn er ausreichende Gründe für solches Verlangen darzutun vermag, die Regulierung des Schadensersatzes im Sinne der Differenztheorie gestatten müssen. Aber auch nur dem Gläubiger: der Schuldner ist nicht berechtigt, gegen den Willen des anderen Teiles den Boden der Surrogationstheorie zu verlassen.

Schließlich kann es Umstände geben, denen zufolge der Gläubiger es vorzieht, sich vom Schuldner überhaupt nicht, weder gegen Bewirkung noch gegen Anrechnung der Gegenleistung entschädigen zu lassen, wo er vielmehr angesichts des Leistungsverzuges den Wunsch hat, vom Schuldverhältnis gänzlich loszukommen. Dann hat er das Recht, vom Schuldvertrag zurückzutreten. Auf dieses gesetzliche Rücktrittsrecht finden die für das vereinbarte Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Voraussetzung ist aber auch hier, daß der Gläubiger entweder dem Schuldner eine angemessene Nachfrist vergeblich gesetzt hat oder sein mangelndes Interesse an der nachträglichen Leistungsbewirkung dartut (§§ 326, 327 S. 1). — Besondere Gestalt muß das Recht des Gläubigers zur Vertragsauflösung bei den Sukzessivlieferungsverträgen annehmen, d. h. bei denjenigen Verträgen, wo eine Mehrheit nacheinander zu bewirkender Lieferungen dergestalt geschuldet ist, daß sich letztere nicht als Raten einer einheitlichen Leistung, sondern als jeweils selbständige Glieder einer ganzen Leistungskette darstellen. Ist hier der

Schuldner nach pünktlicher Erbringung einer Reihe von Leistungen mit einer Lieferung in Verzug geraten und haben infolgedessen nach Lage der Dinge die weiteren Lieferungen für den Gläubiger kein Interesse mehr, so wird man dem Gläubiger zweckmäßig statt des den Vertrag auch für die Vergangenheit auflösenden Rücktrittsrechtes das lediglich in die Zukunft wirkende Kündigungsrecht einräumen.

§ 29. Die Unmöglichkeit der Leistung.

Die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung hat uns schon einmal beschäftigt, und zwar in Gestalt der sogenannten anfänglichen Leistungsunmöglichkeit[1]). Jetzt tritt sie uns als nachträgliche, d. h. nicht schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandene, sondern sich erst später einstellende Leistungsunmöglichkeit entgegen. Während sich dort die Rechtsfolgen verschieden gestalteten, je nachdem es sich um objektive oder um subjektive Unmöglichkeit handelte, spielt dieser unglückliche Gegensatz bei der nachträglichen Unmöglichkeit keine Rolle. Wie beim Verzug werden wir auch bei der Unmöglichkeit der Leistung den Einfluß auf die schuldnerische Leistungspflicht und den Einfluß auf die Gegenleistungspflicht des Gläubigers getrennt betrachten.

1. Hinsichtlich der Verbindlichkeit des Schuldners sind die Wirkungen verschieden, je nachdem die Unmöglichkeit der Leistung von ihm zu vertreten oder nicht zu vertreten ist.

a) Beruht das Leistungshindernis auf einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand, so wird er nach § 275 im Umfang der Leistungsunmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei: also völlig frei, wenn die Leistung völlig, teilweise frei, wenn sie nur teilweise unmöglich geworden ist. Die Leistungsbefreiung braucht aber selbst bei totaler Unmöglichkeit das Schuldverhältnis nicht notwendigerweise inhaltsleer zu machen und darum nicht unter allen Umständen dessen gänzliches Erlöschen zu bedeuten. Vielmehr kann der Untergang der Leistungspflicht sehr wohl einzelne Nebenverpflichtungen des Schuldners bestehen lassen, ja er kann sogar neue Schuldnerpflichten erzeugen. So ist der Schuldner regelmäßig gehalten, von der eingetretenen Leistungsunfähigkeit dem Gläubiger Anzeige zu erstatten; oder es liegen ihm, wie etwa dem Frachtführer bei Unausführbarkeit des Frachtvertrags, einstweilige Fürsorgemaßnahmen in Ansehung des Leistungsgegenstandes ob. Und kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 281 Abs. 1) hat der Schuldner, der infolge des die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Umstands für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz (z. B. eine Versicherungssumme) oder einen Ersatzanspruch (z. B. eine Schadensersatzklage gegen dritte Personen) erlangt, solche Gegenstände dem Gläubiger auf dessen Verlangen herauszugeben. Dieses Recht auf das sogenannte stellvertretende commodum ist namentlich während des Krieges gegenüber den vielen durch Enteignung herbeigeführten Fällen von Unmöglichkeit der Leistung für den Gläubiger wertvoll gewesen.

Anlangend die Beweislast, so muß der sich auf seine Befreiung berufende Schuldner sowohl dartun, daß die Leistung unmöglich geworden ist, als auch, daß die Unmöglichkeit auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand beruht (§ 282).

b) Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten, so bewirkt sie für ihn keine Befreiung von der Verbindlichkeit, sondern er muß nach § 280 Abs. 1 an Stelle der nicht erbringbaren Leistung Schadensersatz bezahlen. Ist die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so kann der Gläubiger, wenn er sein mangelndes Interesse an dem möglich gebliebenen Leistungsteil dartut, diesen ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen

[1]) Oben S. 27 f.

(§ 280 Abs. 2 S. 1)[1]. Der Anspruch auf Schadensersatz nimmt dem Gläubiger nicht den vorhin erwähnten Anspruch auf das stellvertretende commodum; doch muß er sich dessen Wert auf den erlittenen Schaden anrechnen (§ 281 Abs. 2).

Während dem Gläubiger, wie wir wissen, nach § 282 der Beweis erspart ist, daß der Schuldner die Leistungshindernisse zu vertreten habe, ist der Nachweis der Leistungshindernisse selbst von demjenigen zu erbringen, der sich auf sie beruft: also vom Gläubiger, wenn er in Kenntnis der Unmöglichkeit der Leistung von vornherein auf Schadensersatz statt auf Erfüllung klagt. Aber auch dieser Beweislast kann sich der Gläubiger dadurch entschlagen, daß er, unbekümmert um die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung, sein Klagebegehr auf den ursprünglichen Schuldgegenstand richtet und nach Rechtskraft des Urteils von dem ihm durch § 283 verliehenen Fristsetzungsmittel Gebrauch macht, oder daß er bei gegenseitigen Verträgen sich zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruches des vom § 326 vorgezeichneten Weges bedient[2].

2. Bei der Frage nach dem Einfluß der schuldnerischen Leistungsunmöglichkeit auf die Gegenleistungspflicht des Gläubigers sind die Fälle auseinander zu halten, wo die Unmöglichkeit von keiner der Parteien, wo sie vom Gläubiger selbst und wo sie vom Schuldner zu vertreten ist.

a) Ist die Unmöglichkeit weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertreten, ist sie also in jedem Sinne eine zufällige, so wird zufolge des funktionellen Synallagmas in demselben Maße, wie der Schuldner von seiner Leistungspflicht, der Gläubiger von seiner Gegenleistungspflicht frei (§ 323 Abs. 1). Für den Fall der teilweisen Leistungsunmöglichkeit bedeutet das insbesondere, daß der Gläubiger von seiner Gegenleistungspflicht nur teilweise befreit wird: er muß also den möglich gebliebenen Teil der Leistung honorieren, auch wenn er kein Interesse an ihm hat. Macht der Gläubiger von seinem Rechte auf das stellvertretende commodum Gebrauch, so erhöht sich seine Gegenleistungspflicht nicht, wenn das commodum den ursprünglichen Leistungsgegenstand an Wert übertrifft; aber sie mindert sich, wenn es an Wert hinter ihm zurückbleibt (§ 323 Abs. 2). Soweit nach diesen Regeln die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners nicht zu einem Wegfall, sondern nur zu einer Reduktion der Gegenleistungspflicht des Gläubigers führt, wird die Höhe des vom Gläubiger zu zahlenden Entgelts (x) dadurch gewonnen, daß das ursprünglich geschuldete Entgelt in dem Verhältnis herabgesetzt wird, in dem zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Wert der ursprünglichen Leistung des Schuldners zu dem Werte des commodum bzw. der möglich gebliebenen Teilleistung gestanden haben würde (x: Entgelt = commodum : Leistung)[3]. Hat der Gläubiger die ihm nach dem anfänglichen Obligationsinhalt obliegende Gegenleistung infolge von Unkenntnis der schuldnerischen Leistungsunmöglichkeit an den Schuldner abgeführt, so kann er sie in dem Umfang, als er auf Grund des hier Gesagten von seiner Verbindlichkeit frei geworden ist, vom Gegner nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern — ein nach der Kondiktionenlehre sich von selbst verstehender, vom Gesetzbuch aber in § 323 Abs. 3 besonders ausgesprochener Satz.

Wie ersichtlich, legt der § 323 dem Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrag generell die Gefahrtragung bis zum Zeitpunkt der Erfüllung auf: zwar büßt durch die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch ein, aber er erspart dafür auch die von ihm zu erbringende Gegenleistung; dem Schuldner hingegen geht der noch in seinem Vermögen be-

---

[1]) Über die Bedeutung des § 280 Abs. 2 S. 2 vgl. die entsprechenden Ausführungen beim Verzug oben S. 58.

[2]) Vgl. vorhin S. 58.

[3]) Über die Entgeltsermittlung in einzelnen Spezialfällen vgl. § 323 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 472, 473.

findliche Leistungsgegenstand und überdies der Anspruch auf die Gegenleistung verloren.

Die Verteidigung des vom Schuldner auf die Gegenleistung verklagten Gläubigers, er brauche nicht zu leisten, da die Leistung des Klägers unmöglich geworden sei, darf nicht mit der früher besprochenen exceptio non adimpleti contractus verwechselt werden. Sie unterscheidet sich von ihr schon durch die andersartige Rechtsform: die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bedeutet nur ein des Vorschützens durch den Beklagten bedürftiges Leistungsverweigerungsrecht; die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners hingegen befreit den Gläubiger ipso jure von der Gegenleistungspflicht. Aber auch inhaltlich besagt jene Einwendung des verklagten Gläubigers etwas wesentlich anderes als die exceptio non adimpleti contractus: mittels der letzteren bringt der Beklagte zum Ausdruck, daß er noch nicht leistungspflichtig sei, weil auch der Kläger noch nicht geleistet habe; mit der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit des Klägers hingegen macht der Beklagte geltend, daß, wie der Kläger, so auch er von der Leistungspflicht frei sei (exceptio non adimplebilis contractus). Darum sind auch die Wirkungen beider Verteidigungsarten völlig verschieden: die Einrede des nicht erfüllten Vertrags führt nur zur eingeschränkten Verurteilung; der Einwand des nicht erfüllbaren Vertrags hingegen zur Klagabweisung. Und während gegenüber der exceptio non adimpleti contractus der Kläger den Beweis für die bewirkte oder nicht geschuldete Vorleistung zu erbringen hat, muß der seine Befreiung von der Gegenleistung behauptende Beklagte seinerseits die Unmöglichkeit der klägerischen Leistung beweisen.

b) Wenn der Gläubiger die schuldnerische Leistungsunmöglichkeit zu vertreten hat, so befreit sie zwar den Schuldner, als eine für ihn zufällige, nach § 275 von der Leistungspflicht, aber nach § 324 Abs. 1 S. 1 nicht den Gläubiger von der Gegenleistungspflicht. Der Schuldner behält also trotz eigener Nichterfüllung den Entgeltsanspruch. Das würde zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Schuldners da führen, wo dieser zufolge der Unmöglichkeit seiner Leistung etwas erspart (z. B. im Entgelt inbegriffene Transportkosten oder Zutaten; Arbeitslohn für Hilfspersonen, deren er zur Leistungsbewirkung bedurft hätte; eigene Arbeitskraft, die für anderweite Erwerbszwecke frei wird). Da die Rechtsordnung keinen Anlaß hat, dem Schuldner auf Kosten des Gläubigers zu solchem unberechtigten Gewinn zu verhelfen, bestimmt sie in § 324 Abs. 1 S. 2, daß sich der Schuldner dasjenige anrechnen lassen muß, „was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

Nach § 324 Abs. 2 greifen die gleichen Rechtsfolgen, wie sie für den Fall der vom Gläubiger zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit vorgesehen sind, ein, wenn die Unmöglichkeit der schuldnerischen Erfüllung zwar nicht vom Gläubiger verschuldet, sondern auch für ihn eine zufällige ist, sie aber in einem Zeitpunkt eintritt, in dem der Gläubiger sich im Verzug der Annahme befindet.

c) Da der Schuldner, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, schadensersatzpflichtig ist (§§ 280, 325 Abs. 1), so entspricht es an sich der juristischen Logik, auch den Gläubiger an der Gegenleistungspflicht festzuhalten. Aber man streitet darüber, ob der Gläubiger, der, sei es wegen totaler, sei es wegen teilweiser Unmöglichkeit Schadensersatz zu beanspruchen habe, nicht billigerweise berechtigt sein müsse, die Gegenleistung einzubehalten und lediglich die Differenz zwischen dem erlittenen Schaden und der ersparten Gegenleistung zu fordern. Wir haben die Kontroverse schon in der Verzugslehre behandelt und können darum auf das dort über die Surrogations- und Differenztheorie Gesagte verweisen. Und wie gegenüber dem Verzug des Schuldners, so kann auch gegenüber dessen Leistungsunmöglichkeit der Gläubiger ein Interesse daran haben, sich der Gegenleistungs-

pflicht selbst in der Form der Entgeltsanrechnung zu entschlagen. Er kann deshalb wie dort so auch hier vom Vertrag „zurücktreten", und zwar bei totaler Unmöglichkeit ohne weiteres, bei teilweiser nur, wenn er sein mangelndes Interesse an der teilweisen Erfüllung des Schuldverhältnisses beweist (§ 325 Abs. 1 S. 1 und 2). Ohne diese Voraussetzung steht ihm höchstens ein teilweises Rücktrittsrecht und auch dieses nur dann zu, wenn sich aus der Natur des Vertrags ergibt, daß er sich in selbständige, einer isolierten Auflösung fähige Teile zerlegen läßt. Auf das kraft Gesetzes eingreifende Rücktrittsrecht finden wiederum die Vorschriften vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung (§ 327 S. 1). Neben dem eigentlichen Rücktrittsrecht hat der Gläubiger bei der schuldnerischen Leistungsunmöglichkeit noch ein anderes Mittel, vom Schuldvertrag ganz oder teilweise loszukommen. Er kann verlangen, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners für die Unmöglichkeit der Erfüllung ignoriert werde und durch solche Erklärung die Rechtslage herstellen, die im Falle der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung ipso jure eintritt: d. h. er kann sich gegen Bewirkung der entsprechend geminderten Gegenleistung auf die Forderung des stellvertretenden commodum oder des möglich gebliebenen Leistungsteiles beschränken, und er kann bei totaler Leistungsunmöglichkeit oder — wie man hier wird hinzufügen müssen — gegenüber einer möglichen Teilleistung, an der er kein Interesse hat, sich darauf berufen, daß er vom Schuldner nichts haben, aber auch seinerseits nichts leisten wolle (§ 325 Abs. 1 S.3 in Verbindung mit § 323).

§ 30. Der Verzug des Gläubigers.

Die Obligation begründet, wie schon in der Einleitung betont wurde, einen Anspruch des Gläubigers auf Bewirkung, aber regelmäßig keinen Anspruch des Schuldners auf Annahme der Leistung. Wohl aber kann der Gläubiger durch Nichtannahme in Annahmeverzug verfallen und dadurch seine rechtliche Position verschlechtern. Die grundverschiedene Stellung, die der Gläubiger und der Schuldner im Schuldverhältnis haben, bringt es mit sich, daß der Annahmeverzug des Gläubigers keine Parallele zum Leistungsverzug des Schuldners bildet, sondern in seinen Voraussetzungen und Wirkungen von andersartigen Rechtssätzen beherrscht wird.

1. Was zunächst die Voraussetzungen angeht, so ist Annahmeverzug keinesfalls ohne Leistungsfähigkeit des Schuldners denkbar: es dürfen also der Erfüllung der Obligation außer der mangelnden Mitwirkung des Gläubigers nicht noch andere Hindernisse im Wege stehen. Schuldnerische Unmöglichkeit der Leistung in dem bisher besprochenen technischen Sinne und Annahmeverzug des Gläubigers schließen sich demnach aus (§ 297). Des weiteren muß der Schuldner die ihm mögliche Leistung dem Gläubiger angeboten haben, und zwar für gewöhnlich realiter, d. h. durch Präsentation „so, wie sie zu bewirken ist", also in quantitativer und qualitativer Vollständigkeit, am gehörigen Orte und zu verkehrsüblicher Stunde (§ 294); in gewissen Fällen, namentlich bei im voraus erklärter Annahmeverweigerung des Gläubigers und bei Holschulden, reicht ein wörtliches Angebot (Verbalofferte) des Schuldners aus, das auch in die Aufforderung an den Gläubiger, die seinerseits erforderliche Handlung vorzunehmen, gekleidet werden kann (§ 295); ja mitunter bedarf es nicht einmal eines wörtlichen Angebots, sondern genügt statt dessen die bloße Leistungsbereitschaft (§ 296). Und drittens gehört zum Gläubigerverzug die Nichtannahme der schuldnerischen Leistung.

Letzteres Moment ist juristisch am schwersten greifbar. Wohl ist man sich darüber einig, daß die Nichtannahme keine schuldhafte oder gar böswillige zu sein braucht: die mora accipiendi knüpft anders als die mora solvendi an das objektive Verhalten des in Verzug Geratenden an. Auch ist durch positive Gesetzesvorschrift

klargestellt, daß vorübergehende Empfangsbehinderung nicht unter allen Umständen eine verzugsbegründende Nichtannahme bedeutet und daß umgekehrt Annahmebereitschaft ohne Bereitwilligkeit zur Bewirkung der geschuldeten Gegenleistung der Nichtannahme gleichsteht (§§ 298, 299). Und doch bleibt noch immer eine große Reihe von Zweifelsfragen übrig. Wenn der Arbeiter morgens an der Arbeitsstätte erscheint und nicht arbeiten kann, weil eine Feuersbrunst die Fabrikräume zerstört hat oder der Betrieb infolge Kohlenmangels stillgelegt worden ist, liegt dann auf seiten des Arbeitgebers Annahmeverweigerung hinsichtlich ihm angebotener Dienste oder auf seiten des Arbeitnehmers Unmöglichkeit der Leistung vor? Richtigerweise wird man den Begriff der Annahmeverweigerung dahin auszudehnen haben, daß er alle Fälle umfaßt, wo es der Gläubiger unterläßt, diejenigen Voraussetzungen für die Leistungsbewirkung herzustellen, die zu beschaffen ihm nach dem Obligationsinhalt obliegt — wobei die Frage, welche Leistungsvoraussetzungen in diesem Sinne der Sphäre des Gläubigers angehören, von der den Obligationsinhalt auch im übrigen beherrschenden Verkehrsanschauung zu beantworten ist, so daß diese es ist, die in letzter Linie über die Abgrenzung von gläubigerischem Annahmeverzug und schuldnerischer Unmöglichkeit der Leistung entscheidet.

2. Die Wirkung des Annahmeverzugs besteht nicht in der Aufhebung, sondern in der Abschwächung der Leistungspflicht des Schuldners: letzterer bleibt zwar auf den Schuldgegenstand verhaftet, aber unter erleichterten Modalitäten. Diese Erleichterungen sind uns zum Teile schon bekannt: dem Schuldner erwächst aus dem Annahmeverzug die Befugnis zur Hinterlegung, zum Selbsthilfeverkauf bzw. bei geschuldeten Grundstücken zur Aufgabe des Besitzes, und es verschiebt sich mit dem Eintritt des Gläubigerverzugs die Gefahrtragung, indem bei Gattungsschulden die Nichtannahme der angebotenen Leistung die Verwandlung in eine Speziesschuld herbeiführt und bei gegenseitigen Verträgen der Schuldner auch gegenüber einer jetzt eintretenden zufälligen Unmöglichkeit der Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung behält[1]). Für die Dauer des Annahmeverzugs entfällt ferner die Zinspflicht des Schuldners (§ 301); hat er statt jedes Verschulden nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300 Abs. 1) und haftet er, soweit Verpflichtungen zur Herausgabe von Früchten in Frage sind, nur für fructus percepti und nicht auch für fructus percipiendi (§ 302). Eine natürliche Folge der auf seiten des Gläubigers fehlenden Annahmepflicht ist es, daß ein Ersatzanspruch wegen jeden Verzugsschadens, wie ihn der Gläubiger gegen den morosen Schuldner hat, dem Schuldner gegen den morosen Gläubiger nicht zusteht. Immerhin berechtigt der Annahmeverzug des Gläubigers den Schuldner, Ersatz der Mehraufwendungen zu verlangen, „die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte“ (§ 304).

§ 31. Änderungen kraft Vertrags, insbesondere die Vertragsstrafe.

1. Einfacher als die gesetzlichen gestalten sich die rechtsgeschäftlichen Abänderungen eines Schuldverhältnisses. Die Befugnis zu ihrer Vornahme ist in der den Parteien gewährten Möglichkeit, Schuldverhältnisse mittels Rechtsgeschäftes zu begründen, ohne weiteres enthalten; nur muß, wie die Begründung, so auch die Abänderung grundsätzlich — soweit also nicht das Gesetz oder, wie hier hinzuzufügen ist, eine wirksam getroffene Vereinbarung Abweichungen gestattet — durch zweiseitiges Rechtsgeschäft, d. h. durch Vertrag erfolgen (§ 305). Es ist eine Interpretationsfrage des einzelnen Falles, ob die Parteien durch ihren Vertragsschluß wirklich eine bestehende Obligation haben abändern oder nicht vielmehr neben sie

[1]) Oben S. 10, 47ff., 62; BGB. §§ 300 Abs. 2, 303, 324, 372, 383.

oder an ihre Stelle eine neue Obligation haben setzen wollen. War zur Begründung des Schuldverhältnisses, um dessen Abänderung es sich handelt, die Beobachtung einer besonderen Form erforderlich, so hängt es vom Zwecke der, sei es vom Gesetz, sei es von den Parteien geschaffenen Formvorschrift und vom Inhalt des Abänderungsvertrages ab, ob letzterer ebenfalls formbedürftig ist. Die Änderung der Obligation kann sich auf den Gegenstand, die Zeit oder den Ort der Leistung beziehen. Soweit sie die Verbindlichkeit des Schuldners erweitert, gehört sie zu den Verpflichtungsgeschäften, soweit sie sie einschränkt, zu den Verfügungsgeschäften; sie kann also gegebenenfalls beides zugleich sein. Als Verfügungsgeschäft wirkt sie ipso jure zugunsten des Schuldners und nicht erst per exceptionem; das gilt auch von der wichtigsten Schuldabänderung, nämlich von der Stundung, deren Wirkung häufig, aber zu Unrecht in der Literatur als Einrede der Stundung bezeichnet wird.

2. Nicht selten vereinbaren die Parteien eine bedingte Schuldabänderung in der Weise, daß der Schuldner eine besondere Leistung für den Fall verspricht, daß er seiner ursprünglichen Leistungspflicht nicht nachkommt. Dann reden Doktrin und Gesetzgebung von einer Vertragsstrafe. Die bedingte Verschärfung des Schuldverhältnisses, die hier verabredet wird, hat teils einen Pressionszweck, indem sie den Schuldner zur pünktlichen Erfüllung der Obligation anhalten soll, teils ist sie bestimmt, dem Gläubiger bei Nichterreichung dieses Zweckes die detaillierte Berechnung des ihm erwachsenen Schadens zu ersparen. Die Vertragsstrafe kann in einer Geldsumme oder in einem anderen Gegenstand bestehen; sie kann zu jedwedem Schuldverhältnis hinzutreten und findet sich besonders häufig bei solchen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind: nur muß natürlich, was § 344 zum Überfluß hervorhebt, das zu bestärkende Schuldverhältnis rechtsgültig sein; denn eine gültige Vertragsstrafe bei Ungültigkeit des zu sichernden Forderungsrechtes ist mit ihrem akzessorischen, schuldabändernden Charakter unvereinbar und würde überdies die vom Gesetz mit der Nichtigkeit der Obligation verfolgten Absichten vereiteln. Die Parteien haben es in der Hand, eine Vertragsstrafe bloß für den Fall der Nichterfüllung oder auch schon für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung festzusetzen. Ebenso ist auch die Höhe der Strafe grundsätzlich ihrem freien Belieben überlassen: nur ist hier einmal die Schranke zu beachten, die § 138 den unsittlichen Verträgen zieht, und sodann kann nach § 343 Abs. 1 eine Strafe, die, ohne gerade unsittlich zu sein, doch „unverhältnismäßig hoch“ ist, vor ihrer Entrichtung, aber erst nach ihrer Verwirkung auf Antrag des Schuldners durch richterliches Gestaltungsurteil auf den „angemessenen“ Betrag reduziert werden.

Die Verwirkung der Strafe, also den casus poenae läßt das Gesetz mit dem Verzug des Schuldners, bei Unterlassungsverbindlichkeiten mit dem Zuwiderhandeln eintreten. Diese Bestimmung der §§ 339, 342 wird von der herrschenden Lehre mit Unrecht im Sinne einer unterschiedlichen Behandlung der positiven und der negativen Schuldverhältnisse ausgelegt. Vielmehr will sie offenbar für beide zum Ausdruck bringen, daß die Strafe nur durch eine vom Schuldner zu vertretende Vertragsverletzung, also regelmäßig nur durch sein Verschulden ausgelöst werden soll. Etwas Besonderes gilt für das auf ein Unterlassen gerichtete Forderungsrecht bloß insofern, als hier der Gläubiger die Zuwiderhandlung des Schuldners zu beweisen hat, während es sonst für die Geltendmachung der Konventionalstrafe bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen bewendet, daß die Beweislast hinsichtlich der Erfüllung bzw. der schuldlosen Nichterfüllung beim Schuldner liegt (§ 345).

Das Maß der durch die Strafverwirkung herbeigeführten Änderung des Schuldverhältnisses wird vom Gesetz dahin geregelt, daß der Gläubiger nur entweder Erfüllung oder Strafe verlangen kann, wenn letztere für den Fall der Nichterfüllung versprochen ist; daß er hingegen Erfüllung und Strafe verlangen kann, wenn letztere für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung versprochen ist. Einen eventuellen Schadensersatzanspruch schließt die Verfolgung des Strafanspruchs nur dann aus,

wenn als Strafe ein anderer Gegenstand als Geld ausbedungen ist; doch muß sich der Gläubiger da, wo ihm der Schadensersatzanspruch neben dem Strafanspruch verbleibt, die empfangene Strafsumme auf den erlittenen Schaden anrechnen (§§ 340—342).

Neben der hier skizzierten Vertragsstrafe kommen im Leben auch Strafversprechen für Handlungen vor, zu deren Nichtvornahme keinerlei Verpflichtung bestand. So etwa, wenn unter früheren Verhältnissen ein Mieter, ohne an eine bestimmte Mietzeit kontraktlich gebunden zu sein, seinem Vermieter eine Pönalsumme zugesichert hätte für den Fall, daß er vor Ablauf von drei Jahren von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen würde. Vereinbarungen solcher Art sind, sofern sie nicht der Umgehung des § 344 dienen, natürlich wirksam und obwohl es sich bei ihnen um Vertragsstrafen im technischen Sinne nicht handelt, hat das Gesetzbuch doch auf sie die Bestimmung für anwendbar erklärt, daß der Richter eine unverhältnismäßig hohe Strafe nach ihrer Verwirkung auf den angemessenen Betrag herabsetzen kann (§ 343 Abs. 2).

Fünftes Kapitel.

Wechsel in den Subjekten des Schuldverhältnisses.

§ 32. Die Übertragung von Forderungen.

1. Von dem uns hier nicht interessierenden Falle der Erbfolge abgesehen, banden die Römer die Obligation an die Subjekte, in deren Person sie entstanden war und konnten darum das Bedürfnis nach einem Gläubigerwechsel, wo es auftauchte, nur mittels eines Umwegs befriedigen. Aber schon im gemeinen Rechte war es herrschende Lehre, daß eine Forderung wie ein objektiviertes Vermögensstück von Hand zu Hand gehen könne und für unser modernes Rechtsempfinden bringt das Gesetzbuch nur etwas Selbstverständliches zum Ausdruck, wenn es in § 398 die Übertragbarkeit der Forderung anerkennt. Immer aber handelt es sich bei dem heute als Forderungsübertragung, im Pandektenrecht als Zession bezeichneten Vorgang um einen Übergang des einzelnen Forderungsrechtes, nicht um einen Übergang des zwischen zwei Personen begründeten Schuldverhältnisses in seiner Totalität: der Architekt kann im Wege der Zession wohl seinen Honoraranspruch gegen den Bauherrn, aber nicht seine gesamte werkvertragliche Rechtsstellung dergestalt auf einen anderen übertragen, daß dieser nunmehr auch die Architektenarbeit schuldete. Solcher Effekt ließe sich vielmehr nur mittels einer Kombination von Zession und Schuldübernahme erreichen.

2. Unerläßliche Voraussetzung des wirksamen Forderungserwerbes in der Person des Zessionars ist natürlich das Bestehen des Forderungsrechtes in der Person des Zedenten. Das Gesetzbuch befähigt zwar im Sachenrecht durch das Institut des gutgläubigen Erwerbs auch den Nichteigentümer unter Umständen zur Übertragung des Eigentums. Aber eine Ausdehnung dieses Rechtsgedankens auf die Veräußerung von Forderungen wäre weder rechtspolitisch gutzuheißen, noch technisch überhaupt durchführbar. Nur in ganz wenigen, vorsichtig ausgewählten Ausnahmefällen läßt das Gesetz den redlichen Zessionar Leistungsansprüche erwerben, die dem Zedenten selbst nicht zustanden: wenn der Schuldner über eine simulierte und darum nichtige Forderung eine Urkunde ausgestellt hat (405) und wenn der durch einen Erbschein legitimierte falsus heres eine zum Nachlaß gehörige Forderung abtritt (2366).

Das heutzutage geltende Prinzip der Übertragbarkeit der Forderung bedarf einiger in der Natur der Sache liegender Einschränkungen. Einmal gibt es Schuld-

verhältnisse (man denke an den Anspruch auf die Dienste des Hausangestellten), deren Inhalt sich nach der Persönlichkeit des Gläubigers richtet und für die darum der Gläubigerwechsel nicht gestattet werden kann, weil er zugleich eine inhaltliche Veränderung der Schuldverbindlichkeit bedeuten würde (§ 399). Es gibt sodann Schuldverhältnisse, wo der Leistungsinhalt selbst zwar unabhängig von der Individualität des einzelnen Gläubigers ist, wo aber die Parteien dennoch ein Interesse daran haben, die Forderung nicht in andere Hände kommen zu lassen und wo sie darum die Unübertragbarkeit von sich aus vereinbaren (§ 399). Drittens sprechen dieselben sozialpolitischen Erwägungen, die den Gesetzgeber veranlassen, gewisse Forderungen der Pfändung zu entziehen, dafür, sie auch von der Zedierbarkeit auszuschließen (§ 400). Und endlich tauchen an verschiedenen Stellen des Privatrechtssystemes Forderungen auf, deren Gegenstand zwar unpersönlich ist, deren Zweck aber höchstpersönlichen Charakter hat (z. B. Forderungen auf eine Bußsumme, auf eine Aussteuersumme) und bei denen deshalb jedesmal besonders bestimmt ist, daß sie nicht abgetreten werden können (vgl. etwa §§ 847, 1300, 1427 Abs. 2, 1585 Abs. 1, 1623). In allen vier Gruppen von Fällen ist die dem Gesetz zuwider vorgenommene Zession nichtig, mit dem auch hier dem Schutze des redlichen Erwerbers dienenden Vorbehalt, daß wenn der Schuldner über seine Schuld eine den vertragsmäßigen Ausschluß der Abtretung nicht offenbarende Urkunde ausgestellt hat, er sich auf die Ungültigkeit der unter Vorlage der Urkunde erfolgten Abtretung demjenigen Zessionar gegenüber nicht berufen kann, der die Unvollständigkeit der Urkunde weder kannte noch kennen mußte (§ 405).

3. Die Zession vollzieht sich durch formlosen Vertragsschluß zwischen Zedenten und Zessionar[1]). Eine Mitwirkung des Schuldners beim Übertragungsakt, insbesondere seine Zustimmung zu ihm, ist nicht erforderlich. Denn wo der Schuldner ein berechtigtes Interesse am Unterbleiben des Gläubigerwechsels hat, läßt das Gesetz, wie wir sahen, letzteren nicht eintreten; in allen anderen Fällen hat er kein schutzwürdiges Interesse daran, einen bestimmten Gläubiger zu behalten. Auch eine Kenntnis des Schuldners von der erfolgten Zession ist zum Forderungserwerb des Zessionars nicht notwendig, wennschon sie, wie wir noch sehen werden, nicht ohne Bedeutung für die Geltendmachung der erworbenen Forderung ist.

Der Abtretungsvertrag steht nach seiner juristischen Struktur auf einer Stufe mit der Einigung bei der Eigentumsübertragung. Er ist also ein abstraktes Verfügungsgeschäft, dem eine sehr verschiedenartige causa zugrunde liegen kann: die Zession vermag der Darlehnsbegründung, der Schuldtilgung, Schenkungs-, Treuhänder-, Sicherungs- und anderen Zwecken zu dienen. Zufolge ihrer abstrakten Natur ist sie von ihrem Kausalgeschäft in der früher geschilderten Weise unabhängig, so daß ein Mangel dieses Geschäfts nicht die Ungültigkeit der Zession zur Folge zu haben braucht, sondern für gewöhnlich nur einen Anspruch auf Rückzedierung der übertragenen Forderung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung begründet. Meistens liegt der Zession ein zwischen altem und neuem Gläubiger abgeschlossener Kaufvertrag über die Forderung zugrunde. Dann können beide Geschäfte, da sie formlos zustande kommen, zeitlich zusammenfallen, was nicht den Blick für ihre begriffliche Verschiedenheit trüben darf, derzufolge die Zession sich als Erfüllung des im Kaufvertrag enthaltenen pactum de cedendo darstellt. Als Verfügungsgeschäft erzeugt die Forderungsübertragung (abgesehen von den in §§ 402, 403 aufgezählten Nebenverpflichtungen formaler Natur) keinerlei Verbindlichkeiten des Zedenten: darum gehört die Frage, ob der alte Gläubiger dem neuen Gläubiger für den rechtlichen Bestand der Forderung oder gar für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners hafte, nicht der Lehre von der Zession

---

[1]) Über die Formerfordnerisse bei der Abtretung einer durch Hypothek gesicherten Forderung ist im Sachenrecht zu handeln.

an, sondern beurteilt sich nach den das betreffende Grundgeschäft regelnden Rechtssätzen[1]).

4. Die Wirkung der Zession besteht im Übergang der Forderung: der alte Gläubiger verliert letztere mit dem Moment des Vertragsschlusses und der neue Gläubiger tritt an seinen Platz. Und zwar geht die Forderung so auf den Zessionar über, wie der Zedent sie besessen hat. Der neue Gläubiger erwirbt sie infolgedessen mit allen ihr anhaftenden Vorzügen, nämlich mit allen für sie bestellten Hypotheken. Pfandrechten, Bürgschaften und den ihr zugehörigen exekutions- und konkursrechtlichen Privilegien (§ 401). Er erwirbt sie aber auch mit allen ihr anhaftenden Mängeln: es kann also der Schuldner, der ja am Zessionsgeschäft völlig unbeteiligt ist und darum unter ihm nicht leiden darf, dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die im Augenblick der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (§ 404). Ja, innerhalb der vom § 406 gezogenen Schranken vermag der Schuldner dem Zessionar gegenüber sogar mit solchen gegen den Zedenten erworbenen Forderungen aufzurechnen, die erst nach der Abtretung entstanden oder kompensabel geworden sind. Daß er sich überdies des Zessionars mit allen ihm gegen diesen persönlich zustehenden Verteidigungsmitteln zu erwehren berechtigt ist, begreift sich von selbst.

Mit der Erhaltung der ihm aus dem Schuldverhältnis erwachsenen Einreden ist für den Schutz des Schuldners gegenüber dem Gläubigerwechsel noch nicht genügend gesorgt. Denn da der Zessionsakt ohne sein Wissen vor sich geht oder doch wenigstens vor sich gehen kann, so muß der Schuldner einmal vor Schaden bewahrt bleiben, wenn er irrtümlich noch an den alten Gläubiger leistet; er darf ferner in dem umgekehrten Falle, wo er durch den Zedenten von dem Zessionsgeschäft Kenntnis erlangt und infolgedessen an den neuen Gläubiger gezahlt hat, keinen Nachteil erleiden. wenn sich hinterher die Unwirksamkeit jenes Geschäfts und damit die mangelnde Gläubigereigenschaft des Zessionars herausstellt; und es ist dem Schuldner endlich die Zwangslage zu ersparen, seinerseits die Gültigkeit des Zessionsvorganges prüfen oder gar beweisen zu müssen. In der Richtung dieses dreifachen Sicherungsbedürfnisses wirkt es, wenn das Gesetzbuch bestimmt, daß der neue Gläubiger Leistungen. die der Schuldner in Unkenntnis von der Zession an den alten Gläubiger bewirkt hat, und sonstige zwischen Zedentem und redlichem debitor cessus in Ansehung der Forderung vorgenommene Rechtsgeschäfte (einschließlich geführter Prozesse) gegen sich gelten lassen muß; daß eine vom alten Gläubiger dem Schuldner erstattete Anzeige von der Zession zugunsten des letzteren auch dann als wahr gilt, wenn keine oder keine wirksame Forderungsübertragung erfolgt sein sollte; und daß schließlich der Schuldner dem Zessionar gegenüber nicht eher leistungspflichtig ist, als bis er eine urkundliche Mitteilung des Zedenten über die Abtretung in seinen Händen hat (§§ 407—410). Darnach ist in der Rechtsstellung des debitor cessus das Dürfen und das Müssen zu unterscheiden: er darf trotz gültigen Gläubigerwechsels an den Zedenten zahlen, solange er von der Zession nichts weiß; er darf an den Zessionar leisten ohne Rücksicht darauf, ob eine Forderungsübertragung wirklich stattgefunden hat oder nicht, wenn der alte Gläubiger ihm die Zession mündlich oder schriftlich angezeigt hat; er muß an den Zessionar leisten, wenn die Zession gültig ist und sie ihm vom alten Gläubiger schriftlich mitgeteilt ist; er darf nicht mehr an den alten Gläubiger leisten, wenn die Zession gültig ist und er von ihr, einerlei auf welche Weise, Kenntnis erlangt hat. Hat der Schuldner Grund, einer von ihm auf anderem Wege als durch Anzeige des alten Gläubigers erlangten Kenntnis von der Zession zu mißtrauen, so kann er von den Rechtsbehelfen Gebrauch machen, die das Gesetz dem sich ohne Fahrlässigkeit über die Person des Gläubigers in Ungewißheit

---

[1]) Wegen der in dieser Beziehung für den Forderungskauf maßgebenden Grundsätze vgl. unten § 39 unter 2b.

befindlichen Schuldner zur Verfügung stellt und die wir früher kennengelernt haben[1]).

5. In einzelnen Fällen läßt das Gesetz von sich aus, ohne daß es eines Übertragungsaktes bedarf, Forderungen von einem Gläubiger auf einen anderen übergehen. Ein Beispiel hierfür ist uns bereits im § 268 BGB. begegnet[2]). Obwohl es hier zu einem Gläubigerwechsel ohne Zession kommt (weshalb es auch unangebracht und lediglich irreführend ist, von einer cessio tacita oder cessio legalis zu sprechen), finden doch auf ihn die von der Forderungsübertragung geltenden Rechtssätze, soweit sie anwendbar sind, entsprechende Anwendung (§ 412). Ebenso richtet sich nach ihnen mangels Sondervorschriften die Übertragung anderer als Forderungsrechte, wie z. B. die Veräußerung von dinglichen Ansprüchen oder von Immaterialgüterrechten (§ 413).

§ 33. Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

1. Es gibt Forderungen, die nicht nur übertragen werden können, sondern vom Verkehr geradezu für die Übertragung bestimmt sind und bei denen darum die Rechtsordnung für ein Maß von Begebbarkeit sorgen muß, das die Forderung ähnlich zirkulationsfähig macht wie eine Ware. In dieser Richtung wirkt einmal schon äußerlich die Verkörperung der Forderung in einer Urkunde. Doch wird damit der Gläubigerwechsel noch nicht von der stärksten der Zession anhaftenden Fessel befreit: daß nämlich der Schuldner alle Einwendungen behält, die er im Zeitpunkt der Zession dem alten Gläubiger entgegensetzen konnte. Und auch wenn die Rechtsordnung dem Schuldner einen wesentlichen Teil dieser Einreden nimmt, ist das höchste erreichbare Maß von Zirkulationsfähigkeit noch nicht gegeben: denn noch immer hängt die liberierende Kraft der schuldnerischen Zahlung davon ab, daß der Urkundenpräsentant sich legitimiert, d. h. seine Identität nachweist mit der in der Urkunde als neuer Gläubiger bezeichneten Person. Zur Überwindung auch dieses weiteren Hemmungsmomentes ist es nötig, daß der Urkundeninhaber als solcher zur Geltendmachung der Forderung in den Stand gesetzt wird. Wo das der Fall ist, spricht man von einer Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Die Schuldverschreibung auf den Inhaber ist ein Wertpapier[3]). In diesem Wertpapier gibt sein Aussteller ein abstraktes Schuldversprechen ab. Letzterem liegt also zwar eine causa zugrunde; aber der Gläubiger braucht auf sie bei Geltendmachung der Urkunde nicht zurückzugreifen; inwieweit der Schuldner auf sie zurückgreifen kann, wird noch zu prüfen sein. Gegenstand einer Inhaberschuldverschreibung kann jede Art von Leistung sein; lautet aber ein inländisches Inhaberpapier auf eine bestimmte Geldsumme, so bedarf seine Ausgabe der staatlichen Genehmigung (§ 795 Abs. 1). Infolgedessen ist die überwiegende Mehrheit von ihnen genehmigungspflichtig, da die weitaus meisten Inhaberpapiere natürlich Geldpapiere sind. Selbstverständlich sucht kein Schuldner die staatliche Genehmigung nur für ein einzelnes Inhaberpapier nach. Sondern bei der Ausgabe solcher Urkunden handelt es sich um Finanzoperationen großen Stiles, insbesondere um Anleihen, die in einer Unzahl von Teilbeträgen im Publikum untergebracht wer-

---

[1]) Oben S. 47ff.

[2]) Oben S. 45. Vgl. ferner unten § 36 unter 2 und § 37 unter 3; außerdem BGB. §§ 1143, 1225, 1249, 1607, 1709.

[3]) Der Begriff ist hier nicht weiter zu erörtern, denn er reicht in seiner Bedeutung über das Obligationenrecht hinaus, indem nicht jedes Wertpapier eine Forderung zu verbriefen, also eine Schuldverschreibung zu sein braucht, sondern auch Rechte anderer Art (Mitgliedschaftsrechte, Sachenrechte; man denke an Aktien, Hypothekenbriefe) verkörpern kann. Vgl. auch unten S. 72 Anm. 1.

den[1]). Auf Geld lautende Inhaberschuldverschreibungen, die ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangen, sind nichtig und verpflichten den Aussteller, dem Inhaber das negative Geschäftsinteresse, d. h. den Schaden zu ersetzen, den er durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der Urkunde erlitten hat (§ 795 Abs. 3).

Das BGB. hat die Inhaberpapiere in den von den „einzelnen Schuldverhältnissen" handelnden Abschnitt eingestellt. Aus den schon beim Schuldanerkenntnis, bei der Anweisung und beim Vergleich geltend gemachten Gründen gehören sie nach unserem Dafürhalten unter die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts.

2. Wir sahen vorhin, daß der Inhaber als solcher das im Inhaberpapier verbriefte Forderungsrecht geltend zu machen imstande ist. Unzutreffend wäre es aber, deswegen zu sagen, daß der Aussteller eines Inhaberpapiers dem Inhaber als solchem zu leisten verspräche und infolgedessen der Inhaber als solcher der Gläubiger aus dem Papier sei. Denn würde dem so sein, dann erwürbe ja auch derjenige, der ein Inhaberpapier stöhle oder unterschlüge, die Gläubigerschaft und damit (§ 952) das Eigentum an dem Papier. Vielmehr ist der Inhalt des Inhaberpapiers richtigerweise dahin zu charakterisieren, daß der Aussteller demjenigen zu leisten verspricht, der das Papier mit Recht innehat oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, der „zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist", wobei aber der Schuldner die Verfügungsberechtigung des Präsentanten zu prüfen weder befugt noch verpflichtet sein will (§ 793). Der Schuldner darf also jede Legitimationsprüfung unterlassen und wird von seiner Verbindlichkeit auch durch Leistung an den unberechtigten Inhaber befreit; ihm ist die Legitimationsprüfung insofern nicht einmal gestattet, als er, wenn er einen weiteren Ausweis als die bloße Inhaberschaft des Papiers verlangt, in Verzug gerät; wohingegen er von jeder Leistungspflicht gegenüber dem Präsentanten frei ist, wenn er seinerseits dessen mangelnde Gläubigerschaft nachweist.

Im gemeinen Rechte herrschte Meinungsverschiedenheit über die juristische Konstruktion des Inhaberpapiers. Insbesondere stritt man darüber, ob die in ihm enthaltene Schuldverpflichtung einem Vertragsschluß zwischen Aussteller und erstem Nehmer des Papiers oder einem einseitigen Akte des Ausstellers entstamme und letzterenfalls, ob der schuldbegründende Vorgang schon in der — gewöhnlich im Wege der mechanischen Vervielfältigung erfolgenden — Herstellung der Urkunde oder erst in ihrer Ausgabe, also in ihrem „In-den-Verkehr-Bringen" zu erblicken sei. Die praktische Bedeutung der Kontroverse erhellt ohne weiteres, wenn man annimmt, daß die hergestellten Papiere noch vor ihrer Ausgabe im Pulte des Ausstellers gestohlen werden oder daß der Aussteller nach der Herstellung, aber noch vor der Ausgabe stirbt oder daß der erste Nehmer des Papiers ein Geisteskranker ist. Das BGB. hat den Streit zwischen Vertrags-, Emissions- und Kreationstheorie durch die positive Bestimmung des § 794 geschlichtet, daß der Aussteller einer Inhaberschuldverschreibung auch dann verpflichtet wird, wenn „sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist" und daß es auf die Wirksamkeit des Inhaberpapiers ohne Einfluß ist, „wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist".

Die Forderung aus dem Inhaberpapier geht von Hand zu Hand durch Übertragung des Papiers. Der Gläubiger, der sie geltend machen will, hat die Urkunde dem Schuldner vorzulegen; die Inhaberschuld ist also Holschuld. Um gegen wiederholte Geltendmachung der Urkunde geschützt zu sein, braucht der Schuldner dem präsentierenden Gläubiger nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten (§ 797 S. 1). Denn einem neuen Präsentanten würde der Schuldner den Einwand der bereits einmal auf das Papier geleisteten Zahlung nicht entgegensetzen können.

[1]) Nebenbei sei hier bemerkt, daß die Industrie für ihre Anleihen, um sich die staatliche Genehmigung zu ersparen, sehr häufig statt der Rechtsform des Inhaberpapiers diejenige des indossablen kaufmännischen Verpflichtungsscheines wählt.

Vielmehr hat das BGB. dem eingangs erwähnten Bedürfnis nach erleichtertem Gläubigerwechsel in § 796 dadurch Rechnung getragen, daß es anders als bei der Zession den Schuldner auf drei Gruppen von Verteidigungsmitteln beschränkt: letzterer kann dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, die entweder die Gültigkeit der Ausstellung betreffen (Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers; Anfechtbarkeit der Ausstellung wegen Willensmängel) oder sich aus der Urkunde ergeben (Berufung auf die darin enthaltenen Bedingungen oder Befristungen) oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Präsentanten zustehen (Einwand der bereits an ihn geleisteten Zahlung, der von ihm gewährten Stundung, des ihm gegenüber bestehenden Zurückbehaltungsrechtes). Dadurch ist die abstrakte Natur des Inhaberpapiers mit qualifizierten Wirkungen versehen. Denn während sonst bei abstrakten Schuldversprechen die Berufung auf die causa zwar eine dem Schuldner aufgebürdete Last, aber auch ein ihm gegen jeden Gläubiger zustehendes Recht ist, wird sie ihm beim Inhaberpapier nur gegenüber dem Gegner der Kausalbeziehung gestattet und im Verhältnis zu allen übrigen Gläubigern versagt.

3. Nur eine kleine und im Interesse des Schuldners notwendige Fessel ist der Beweglichkeit des Inhaberpapiers angelegt durch die Vorlegungsfrist, an die seine Geltendmachung gebunden ist: sie kann der Zirkulationsfähigkeit deshalb keinen wesentlichen Abbruch tun, weil ihre Dauer entweder aus dem Papier ersichtlich oder den §§ 801, 802 zu entnehmen ist[1]). Ist die Präsentationsfrist abgelaufen, ohne daß Präsentation erfolgt wäre, so ist der Anspruch aus demPapier erloschen; ist letzteres hingegen rechtzeitig präsentiert, vom Schuldner aber nicht eingelöst, so ist die Geltendmachung der Forderung auch noch über die Vorlegungsfrist hinaus möglich, unterliegt aber einer mit deren Ende einsetzenden zweijährigen Verjährung.

Stärker als von der präklusivischen Wirkung der Vorlegungsfrist wird die Begebbarkeit des Inhaberpapiers von seiner Amortisierbarkeit berührt. Denn wie zahlreiche andere Wertpapiere kann auch das Inhaberpapier, wenn es abhanden gekommen oder vernichtet ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden (§ 799 Abs. 1 S. 1). Obwohl diese Einrichtung dem Interesse des Gläubigers dient, da sie ihn gegen die ihm im Falle des Papierverlustes drohenden Gefahren schützt, trägt sie doch in die Zirkulation der Inhaberpapiere ein gewisses Moment der Unsicherheit hinein, indem sie dem Erwerber des Papiers möglicherweise Nachforschungen darüber aufnötigt, ob es nicht durch richterliches Ausschlußurteil seiner Wirksamkeit beraubt ist. Darum muß von der Amortisierbarkeit bei denjenigen Inhaberpapieren abgesehen werden, die in besonders hohem Maße dazu bestimmt sind, im Verkehr von Hand zu Hand zu gehen: das sind die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen, insbesondere Banknoten, und die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine (§ 799 Abs. 1 S. 2). Bei den letzteren gewährt einen gewissen, wenn auch schwachen Ersatz für die fehlende Möglichkeit der Außerkraftsetzung die Bestimmung des § 804, die dem früheren Inhaber des verloren gegangenen Papiers, wenn es während der Vorlegungsfrist nicht eingelöst worden ist, noch nach deren Ablauf die Geltendmachung der Forderung gestattet. Ein wirksamer Schutz gegen den Verlust der Urkunde läßt sich technisch in sehr einfacher Weise bei den sogenannten Erneuerungsscheinen (Talons) durchführen, indem hier kurzerhand der Inhaber des Hauptpapiers ermächtigt wird, gegenüber dem Aussteller der Ausgabe neuer Zins- oder Rentenscheine zu widersprechen (§ 805).

Den Schutz, den sich nach manchen früheren Rechten der Gläubiger gegen die mit der Natur des Inhaberpapiers verbundenen Gefahren dadurch verschaffen konnte, daß er es aus eigener Machtvollkommenheit „außer Kurs setzte", d. h. in

[1]) Vgl. dazu die Bekanntmachung über die Vorlegungsfrist bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen vom 28. 3. 1918 in Vbd. mit § 2 der Bekanntmachung über Verjährungs- und Vorlegungsfristen vom 26. 11. 1919.

ein Namenspapier verwandelte, kann er jetzt nur noch mit Hilfe des Schuldners herstellen (§ 806 in Verbindung mit Art. 176 EG.). Für Reichs- und Staatspapiere kommt außerdem die Eintragung der Forderung in das Reichs- oder Staatsschuldbuch in Betracht[1]).

Wie schon angedeutet, bringt ein Aussteller von Schuldverschreibungen auf den Inhaber niemals ein einzelnes Papier, sondern immer eine große Anzahl solcher Urkunden in den Verkehr. Die verschiedenen Erwerber dieser Stücke stehen an sich in keinem Rechtsverhältnis zueinander; wohl aber stehen sie in einer starken Interessengemeinschaft. Das Reichsgesetz vom 4. 12. 1899 (in Verbindung mit dem RG. vom 14. 5. 1914) betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen hat ihnen die Möglichkeit gegeben, diese Interessen durch geeignete Organe (gemeinsame Vertreter, Gläubigerversammlung) in wirksamer Weise wahrzunehmen.

4. Das BGB. geht in § 807 davon aus, daß im täglichen Leben Karten, Marken und ähnliche Urkunden vorkommen, die mit den bisher dargestellten Inhaberpapieren das Gemeinsame haben, daß auch aus ihnen der Wille des Schuldners, sich „dem Inhaber zu einer Leistung zu verpflichten", ergibt, während sie sich von unseren Inhaberpapieren durch eine gewisse Laxheit in der äußeren Form unterscheiden, indem sie vielfach den Verpflichtungswillen und den Gegenstand der Schuld, mitunter sogar den ausstellenden Schuldner nur unvollkommen erkennen lassen. Als Beispiele für solche Papiere werden in der Literatur Eisenbahnfahrkarten, Theaterbillets, Bade-, Speise- und Biermarken angeführt. Nach dem Gesetz sollen auf diese Urkundengattungen wegen ihrer geringeren Bedeutung die technischen Einrichtungen, mit denen die echten Inhaberpapiere ausgestattet sind: wie Vorlegungsfrist, Amortisation, Außerkurssetzung usw., keine Anwendung finden. Wohl aber sollen auch für sie die grundsätzlichen und charakteristischen Regeln der Inhaberpapiere gelten: mangelndes Recht und mangelnde Pflicht des Schuldners zur Legitimationsprüfung, Kreationstheorie, Beschränkung der gegenüber dem Inhaber zulässigen Einreden. Man mag billig bezweifeln, ob in Fällen, wie den hier gedachten, der ausstellende Schuldner sich je zu einer Leistung „an den Inhaber als solchen" verpflichten will; und sollte er es tun, ist ferner zu bezweifeln, ob deswegen die Heranziehung der Kardinalsätze von den Inhaberpapieren gerechtfertigt ist. Denn der rechtspolitische Grund für diese Sätze war die Zirkulationsbedürftigkeit der Inhaberpapiere. Die Karten und Marken des § 807 sind aber gar nicht zirkulationsbedürftig: die in ihnen verkörperten Leistungsansprüche werden nicht häufiger, sondern eher seltener als andere Forderungen und oft nur sehr mißbräuchlicherweise übertragen. Der § 807 trägt also einen stark theoretischen Charakter. Den von ihm ins Auge gefaßten Gebilden hat man in der Literatur die verschiedenartigsten Namen gegeben (Legitimationszeichen, Inhaberzeichen; Inhaberverpflichtungszeichen); soweit sie überhaupt vorkommen, dürfte es am richtigsten sein, von „unvollkommenen Inhaberpapieren" zu reden, da sie nach der Meinung des Gesetzes zwar die wesentlichsten, aber nicht alle Merkmale der Inhaberpapiere aufweisen.

Eine größere Rolle als diese unvollkommenen Inhaberpapiere spielen im Verkehr die sogenannten Legitimationspapiere. Das sind Urkunden, in denen der Aussteller regelmäßig nicht eine abstrakte, sondern eine kausale Schuldverbindlichkeit eingeht und sie übernimmt nicht sowohl gegenüber dem Inhaber des Papiers,

---

[1]) Quellennachweise hierfür bei ENNECCERUS, Allgemeiner Teil $^{18}/_{21}$ § 224 S. 632 Anm. 11 und 12. — Die im Vorstehenden verwendeten Begriffe „Hauptpapier", „Namenspapier", „Erneuerungsschein", „Zins- und Gewinnanteilschein" gehören der allgemeinen Theorie der Wertpapiere an, die ihren eigentlichen systematischen Platz im allgemeinen Teile des bürgerlichen Rechtes hat, mit Rücksicht auf den negoziablen Charakter der meisten Wertpapiere aber herkömmlicherweise im Handelsrecht entwickelt wird. Außerhalb des Rahmens unserer Darstellung liegen auch die Einzelheiten des in der ZPO. §§ 946ff. geregelten Aufgebotsverfahrens.

als gegenüber dem Gläubiger, mit dem kontrahiert worden ist. Darum werden die Forderungen aus diesem Papier, soweit nicht vertragsmäßig die Übertragung überhaupt ausgeschlossen ist, nach den Grundsätzen der Zession übertragen: also nicht die Übergabe des Papiers bewirkt den Gläubigerwechsel, sondern umgekehrt der Forderungsübergang zieht den Eigentumswechsel am Papier nach sich (§ 952); der Schuldner behält dem neuen Gläubiger gegenüber alle Einwendungen aus dem Schuldverhältnis und er ist berechtigt, vom Zessionar zu verlangen, daß er sich als solcher legitimiere. Nur darin verschafft das Legitimationspapier dem Schuldner eine günstigere Stellung als sie der gewöhnliche debitor cessus hat, daß er zu dieser Legitimationsprüfung nicht verpflichtet ist, sondern durch Leistungsbewirkung an den Präsentanten der Urkunde unter allen Umständen liberiert wird. Solche Legitimationspapiere können entweder den Namen des Gläubigers, zu dessen Gunsten sie ausgestellt sind, nennen: dann spricht man von „hinkenden Namenspapieren" (Sparkassenbücher; Versicherungspolicen; Eisenbahn- und Ausstellungsabonnements; zusammenstellbare Eisenbahnfahrscheine); oder sie können den Namen verschweigen: dann spricht man von „hinkenden Inhaberpapieren" (Gepäckscheine auf der Eisenbahn; Garderobemarken im Theater; Pelzaufbewahrungsscheine; richtigerweise aber auch die Eisenbahnfahrkarten und die Theaterbillets und die zahlreichen anderen Urkunden, die herkömmlich, aber zu Unrecht dem vorhin kritisierten § 807 unterstellt werden). Das BGB. hat sich mit den Legitimationspapieren nur insoweit beschäftigt, als sie Namenspapiere sind: ihnen wird in § 808 die Eigenschaft eines Präsentationspapieres und die Amortisierbarkeit verliehen.

§ 34. Die Schuldübernahme.

1. Wie in die aktive Seite, so läßt das Gesetzbuch auch in die passive Seite des Schuldverhältnisses eine Sondernachfolge zu. Es kann also nach BGB. im Gegensatz wieder zum römischen Rechte, aber auch hier im Einklang mit der schon im gemeinen Rechte zum Abschluß gelangten Entwicklung, eine Singularsukzession in die Schuld dergestalt stattfinden, daß unter Aufrechterhaltung ihrer Identität lediglich die Person des Verpflichteten wechselt. Soweit solche Rechtsnachfolge durch Rechtsgeschäft herbeigeführt wird (gesetzliche Singularsukzession in die Schuld kommt vor, wenn auch nicht so häufig wie gesetzlicher Forderungsübergang), gebraucht das Gesetzbuch den Ausdruck „Schuldübernahme". Weil bei ihr der Gläubiger mit dem Erwerb des neuen Schuldners den bisherigen Schuldner verliert, bezeichnet die Literatur sie auch gern als privative Schuldübernahme.

Mit dieser Schuldübernahme im technischen Sinne dürfen zwei andere, ihr äußerlich oft ähnelnde, in Wahrheit wesensverschiedene Vorgänge nicht verwechselt werden. Der eine ist der Fall, wo ein Dritter lediglich dem Schuldner verspricht, ihm seine Schuld abzunehmen, wo also die vermeintliche Schuldübernahme ein bloßes Internum zwischen dem Schuldner und dem Dritten bleibt, sich demnach weder etwas in dem Verhältnis des Gläubigers zu seinem Schuldner ändert, noch der Gläubiger irgendwelche Rechte gegen den Dritten bekommt: dann spricht man in der Doktrin von „Erfüllungsübernahme". Der andere liegt da vor, wo zum bisherigen Schuldner ein Dritter als neuer Schuldner sich gesellt, wo also der Gläubiger seinen Anspruch gegen den alten Schuldner behält und einen Anspruch gleichen Inhalts gegen den Dritten hinzuerwirbt: dann redet man von „kumulativer Schuldübernahme", weniger glücklich von „Schuldmitübernahme", am besten von „Schuldbeitritt". Erfüllungsübernahme und Schuldbeitritt sind im BGB. nicht näher geregelt, aber ihre Vereinbarung steht den Parteien natürlich offen. Erstere ist beispielsweise da gegeben, wo gegenüber einem zwischen Schuldner und Drittem über die Befriedigung des Gläubigers geschlossenen Vertrag der Auslegungssatz des § 329 eingreift, letzterer da, wo er nicht eingreift. Außerdem kann der Schuldbeitritt

jederzeit durch Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Drittem erfolgen. Immer aber ist daran festzuhalten, daß die vom Gesetzbuch für die Schuldübernahme erlassenen Vorschriften nur für die privative Schuldübernahme gelten.

2. Während bei der Zession eine Einwilligung des Schuldners in den Gläubigerwechsel nicht vonnöten war, kann sich umgekehrt die Schuldübernahme nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers vollziehen: denn der Gläubiger hat ein schutzwürdiges Interesse an der Person eines bestimmten Schuldners, da der Wert seiner Forderung von dem Umfang des schuldnerischen Vermögens abhängt. Und während bei der Zession nur ein Zusammenhandeln der wechselnden Subjekte den Forderungsübergang herbeiführen konnte, wird für die Schuldübernahme eine Beteiligung des Urschuldners nicht verlangt. Vielmehr unterscheidet man, je nachdem letzterer selbst seine Befreiung mit herbeiführt oder nicht, die eingliedrige und die zweigliedrige privative Schuldübernahme.

Bei der eingliedrigen Schuldübernahme vollzieht sich der Schuldnerwechsel durch Vertragsschluß zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer. Die Beobachtung einer bestimmten Form ist hier sowenig erforderlich, wie die Genehmigung des alten Schuldners oder auch nur seine Kenntnis von dem Vorgang. Der Vertrag, den der Gläubiger mit dem neuen Schuldner eingeht, hat einen doppelten Inhalt: er ist Verpflichtungsgeschäft, denn es verspricht in ihm der Dritte die dem bisherigen Schuldner obliegende Leistung; und er ist Verfügungsgeschäft, denn es gibt durch ihn der Gläubiger das Forderungsrecht gegen den ursprünglichen Schuldner auf.

Bei der zweigliedrigen Schuldübernahme wird — wenigstens wenn man ihre in der Doktrin sehr bestrittene Rechtsnatur richtig auffaßt — der bei der eingliedrigen zwischen Gläubiger und Übernehmer eingegangene Vertrag zwischen altem und neuem Schuldner abgeschlossen: der Übernehmer verspricht dem Urschuldner, dessen Schuld an den Gläubiger zu bezahlen (Verpflichtungsgeschäft zugunsten eines Dritten) und beide vereinbaren die Befreiung des bisherigen Schuldners von seiner Verbindlichkeit. Mit der letzteren Abrede verfügen sie aber als Nichtberechtigte über das dem Gläubiger zustehende Forderungsrecht und darum (vgl. § 185) ist die Wirksamkeit dieser Verfügung von der Zustimmung des Gläubigers abhängig. Und da sich aus der Situation ergibt, daß der neue Schuldner das Forderungsrecht gegen sich dem Gläubiger nur für den Fall der Entlassung des alten Schuldners einräumen will, so ist das ganze zwischen den beiden Schuldnern errichtete Geschäft in seiner Gültigkeit so lange in der Schwebe, bis es vom Gläubiger genehmigt worden ist (§ 415 Abs. 1 S. 1). Bis dahin können auch die Paziszenten ihren Schuldübernahmevertrag noch aufheben oder abändern (§ 415 Abs. 1 S. 3). Die Genehmigung kann vom Gläubiger erst erteilt werden, wenn ihm einer der beiden Vertragschließenden die Schuldübernahme mitgeteilt hat (§ 415 Abs. 1 S. 2). Die verweigerte Genehmigung macht das Übernahmegeschäft hinfällig (§ 415 Abs. 2 S. 1). Doch stellt sich sowohl die wegen noch ausstehender Genehmigung unfertige wie die wegen versagter Genehmigung gescheiterte Schuldübernahme im internen Verhältnis der Vertragsparteien als wirksame Erfüllungsübernahme dar (§ 415 Abs. 3). Damit nicht der Gläubiger den Schwebezustand, den der Abschluß des Schuldübernahmevertrags zunächst begründet, durch Nichtabgabe von Erklärungen in einer für die Parteien lästigen Weise ausdehnt, ist diesen das Recht gegeben, dem Gläubiger eine Frist zur Genehmigung mit der Maßgabe zu setzen, daß die Genehmigung nach fruchtlosem Fristablauf als verweigert gilt (§ 415 Abs. 2 S. 2). Dieses Präjudiz der Ablehnung der Schuldübernahme, das hier das Gesetzbuch an das Schweigen des Gläubigers knüpft, entspricht der durchschnittlichen Interessenlage, derzufolge sich eben der Gläubiger in der Mehrzahl der Fälle dem Schuldnerwechsel widersetzt. Nur da, wo es sich um eine hypothekarisch gesicherte Schuld handelt und der Erwerber des belasteten Grundstücks, wie es im Leben regelmäßig geschieht, in Anrechnung auf den Kaufpreis auch die persönliche Schuld übernimmt, spielt letztere

gegenüber der dinglichen Sicherheit des Gläubigers meistens eine so untergeordnete Rolle, daß normalerweise mit dem Einverständnis des Gläubigers in den Schuldnerwechsel gerechnet werden kann. Darum soll hier nach dem Gesetzbuch die Fiktion der erteilten Genehmigung Platz greifen, wenn der Gläubiger auf die Nachricht von der Schuldübernahme sechs Monate lang geschwiegen hat. Doch wird diese Frist nur durch ein dem Gläubiger nach Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch zugehendes Schreiben des Veräußerers in Lauf gesetzt, das die Mitteilung von der Schuldübernahme mit dem Hinweis enthält, ,,der Übernehmer trete an die Stelle des bisherigen Schuldners, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erkläre" (§ 416 Abs. 1 und 2).

Der Grund, aus dem sich der Dritte dazu versteht, die Schuld eines anderen zu übernehmen, kann ein sehr verschiedenartiger sein: der Dritte kann damit eine ihm seinerseits dem Schuldner gegenüber obliegende Schuld tilgen oder letzterem ein Darlehn gewähren oder eine Schenkung machen wollen usw. Diese dem Innenverhältnis von Schuldner und Übernehmer angehörige causa kommt in dem Übernahmeakt selbst nicht zum Ausdruck; die Schuldübernahme ist abstrakter Natur und bleibt darum auch bei einem Mangel der causa wirksam, unbeschadet der sich aus diesem für den neuen Schuldner gegen den alten ergebenden Bereicherungsansprüche.

3. Die Wirkung der Schuldübernahme besteht darin, daß der Gläubiger sein Forderungsrecht statt gegen den Urschuldner von jetzt an nur noch gegen den Übernehmer geltend machen kann. Obwohl also nur die Schuldner wechseln und die Schuld grundsätzlich die alte bleibt, so gehen doch aus naheliegenden Gründen dem Gläubiger die für die Forderung bestellten Bürgschaften, Pfandrechte und Hypotheken durch die Schuldübernahme verloren, falls nicht der Bürge oder der Eigentümer des verhafteten Gegenstands in diese einwilligt; ebensowenig kann der Gläubiger im Konkurs des Übernehmers ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht geltend machen (§ 418). Hingegen bewährt sich die Identität der Schuld darin, daß der neue Schuldner dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen darf, die der alte Schuldner ihm hätte entgegensetzen dürfen, wobei aber begreiflicherweise eine Ausnahme wieder in Ansehung solcher Verteidigungsmittel gemacht werden muß, durch die der Neuschuldner dem Altschuldner Pflichten auferlegen oder Rechte nehmen würde: ersteres würde beispielsweise für den Vollzug der Wandlung, letzteres für die — im Gesetz dem Übernehmer ausdrücklich abgesprochene — Aufrechnung mit einer dem bisherigen Schuldner zustehenden Forderung gelten (§ 417 Abs. 1).

Durch seine Mitwirkung beim Schuldnerwechsel will und soll der Gläubiger nicht in Abhängigkeit von den Rechtsbeziehungen geraten, die zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner bestehen und die wir vorhin als die causa des Übernahmevertrags bezeichneten. Darum bestimmt § 417 Abs. 2 sachgemäß, daß ,,aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten kann". Es würde also der Übernehmer sich dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen können, daß er die Schuld übernommen habe zwecks Tilgung eines Kaufpreisrestes, mit dem er seinerseits beim Schuldner im Rückstand gewesen zu sein glaubte, während die Kaufpreisrestschuld in Wahrheit längst getilgt gewesen sei. In diesem Punkte weicht der Vertrag zugunsten eines Dritten, der nach der oben vertretenen Konstruktion in der zweigliedrigen Schuldübernahme einbeschlossen liegt, von dem gewöhnlichen Typus jener Verträge ab. Denn im allgemeinen stehen bei ihnen ,,Einwendungen aus dem Vertrag dem Versprechenden auch dem Dritten gegenüber zu" (§ 334). Und bei der kumulativen Schuldübernahme würde, da Sonderbestimmungen für sie fehlen, der Übernehmer, der den Schuldbeitritt mit dem Schuldner vereinbart hätte, dem

Gläubiger in der Tat alle Einwendungen aus diesem die causa des Schuldbeitritts enthaltenden Vertrag entgegensetzen können.

4. Keinen Fall von Schuldübernahme im technischen Sinne, also keinen Fall von Schuldnerwechsel stellt der Tatbestand des § 419 dar. Er handelt davon, daß „jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen übernimmt", wie das wohl bei Gutsüberlassungsverträgen und beim Leibrentengeschäft vorkommt. Dann soll zum Schutze der Gläubiger des Veräußerers, der sich hier seines ganzen Haftungssubstrates entledigt, der Erwerber dieses Substrates auch die Schulden des Veräußerers gegen sich gelten lassen. Letzterer wird dadurch von seinen Verbindlichkeiten nicht frei, sondern haftet weiter, sobald er wieder zu Haftungsobjekten gelangt: es liegt also kein privativer, sondern ein kumulativer Schuldübergang vor, und zwar ein Schuldbeitritt, der sich nicht nur kraft Gesetzes, sondern sogar kraft zwingenden Rechtssatzes vollzieht, so daß er, wenigstens mit Wirkung für die Gläubiger, nicht durch Vereinbarung der beiden Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (§ 419 Abs. 1 und 3).

Da der Grund für die Haftung des Erwerbers nur im Vermögensübergang liegt, so ist es recht und billig, daß sie nicht weiter reicht, als der Bestand des übernommenen Vermögens zuzüglich der aus dem Übernahmevertrag dem Dritten erwachsenen Ansprüche. Insofern befindet dieser sich in einer ähnlichen Situation wie der seine Haftung für die Schulden des Erblassers auf die Kräfte des Nachlasses beschränkende Erbe. Darum erfahren auch einzelne Rechtssätze von der Erbenhaftung auf unseren Fall des Mitschuldens entsprechende Anwendung (§ 419 Abs. 2).

In zwei Fällen des Übergangs eines Sondervermögens hat das Gesetz die Frage der Schuldenhaftung durch spezielle Rechtssätze geregelt: beim Erbschaftskauf im BGB. §§ 2382ff. und bei der Veräußerung eines Handelsgeschäftes im HGB. § 25.

Sechstes Kapitel.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

§ 35. Mehrheit der Gläubiger.

Soweit sich nach dem, was wir in der Einleitung andeuteten, von einer Beteiligung mehrerer Personen an einem Schuldverhältnis überhaupt sprechen läßt, kann die Beteiligung mehrerer Gläubiger an einem Forderungsrecht zu sehr verschiedenen Rechtsfiguren führen.

1. Die eine hier mögliche Gestaltung ist die Teilgläubigerschaft. Bei ihr zerlegt sich die Forderung in so viel Teilforderungen, als Gläubiger da sind. Diese reale Teilung des Forderungsrechtes greift nach dem Gesetz in der Regel da ein, wo eine teilbare Leistung geschuldet ist[1]), und zwar sollen die Anteile, in die sich die Obligation spaltet, im Zweifel gleich groß sein (§ 420). Indessen wird der Grundsatz der Teilgläubigerschaft, den das Gesetzbuch für den Fall der teilbaren Leistung aufstellt, von sehr vielen Ausnahmen durchbrochen. Nicht nur, daß die Parteien des teilbaren Schuldverhältnisses sehr häufig eine andere rechtliche Form der Gläubigermehrheit ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, auch von sich aus hat das Gesetz wichtige Fälle von teilbaren Forderungen, wie z. B. die zu einem Gesellschaftsvermögen, einem ehelichen Gesamtgut, einer Erbengemeinschaft gehörigen, dem Prinzip der Teilgläubigerschaft entzogen. Da, wo letzteres statthat, ist jede der einzelnen Teilforderungen völlig selbständigen Charakters und nur in wenigen Punkten, wie z. B. in der dem Schuldner möglicherweise gegenüber sämt-

[1]) Oben S. 8.

lichen Teilgläubigern zustehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder in der Befugnis der Gläubiger, in einem Prozeß um die Forderung als Streitgenossen aufzutreten, macht sich der innere Zusammenhang der geteilten Forderungen bemerkbar.

2. Das Gegenteil der Teilgläubigerschaft ist die Gesamtgläubigerschaft. Bei letzterer steht ungeachtet der nur einmaligen Verpflichtung des Schuldners zur Leistungsbewirkung jedem der mehreren Gläubiger die ganze Forderung zu. Solche Gesamtgläubigerschaft dient in erster Linie dem Interesse des Schuldners, der bei diesem Gebilde der Notwendigkeit enthoben ist, mit den mehreren Gläubigern insgesamt zu verhandeln oder gegenüber dem einzelnen Gläubiger die Legitimation zur isolierten Anspruchsgeltendmachung, insbesondere den Umfang des Anteilsrechtes zu prüfen. Die Gesamtgläubigerschaft ist bei teilbaren wie bei unteilbaren Leistungen möglich; sie kommt nicht häufig vor, da die Parteien sie selten vereinbaren und das Gesetz von sich aus einen zweifellosen Fall von Gesamtgläubigerschaft nur an einer einzigen Stelle vorschreibt (§ 2151 Abs. 3 S. 1). Da, wo sie Platz greift, kann sich, wie gesagt, der Schuldner den Gläubiger, an den er leisten will, nach freiem Belieben aussuchen, auch dann noch, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben haben sollte (§ 428). Hat der Schuldner einen der Gesamtgläubiger befriedigt, sei es durch Erfüllung, sei es durch eines der früher erwähnten Erfüllungssurrogate (Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung), so ist er allen Gläubigern gegenüber von seiner Schuldverpflichtung befreit; ebenso müssen alle den Annahmeverzug eines Genossen oder die in seiner Person sich einstellende Vereinigung von Forderung und Schuld (Konfusion) gegen sich gelten lassen (§§ 429, 422 Abs. 1). Der Erlaßvertrag, den ein einzelner Gesamtgläubiger mit dem Schuldner abschließt, bindet die übrigen Gläubiger, sofern er nicht lediglich das Ausscheiden des Erlassenden aus dem Schuldverhältnis bezweckt (§§ 429 Abs. 3, 423). Alle bisher nicht erwähnten, den Obligationsinhalt berührenden Tatsachen (Kündigung, schuldnerische Vertragsverletzung, Verjährung, Rechtskraft des Urteils) wirken in der Regel nur zugunsten und zu Lasten desjenigen Gläubigers, dem gegenüber sie eingetreten sind, wie auch eine Übertragung der Rechte des einzelnen Gläubigers an dritte Personen die Rechte der Mitgläubiger unberührt läßt (§§ 429 Abs. 3, 425). Ob der Gläubiger, an den der Schuldner die ganze Leistung bewirkt hat, das Empfangene für sich behalten darf oder unter die Gesamtheit der Gläubiger verteilen muß, hängt von den zwischen diesen bestehenden Rechtsbeziehungen ab: im Zweifel sind die Gesamtgläubiger im internen Verhältnis zu gleichen Anteilen berechtigt (§ 430).

3. Eine dritte Form der Gläubigermehrheit ist die Mitforderung. Sie stellt das obligationsrechtliche Analogon zum sachenrechtlichen Miteigentum dar. Die Forderung zerlegt sich hier nicht in reale Teile, wie bei der Teilgläubigerschaft, es wird aber auch nicht, wie bei der Gesamtgläubigerschaft, jedem der mehreren Gläubiger die volle Gläubigerstellung eingeräumt, sondern der einzelne Gläubiger hat am Forderungsrecht einen ideellen Anteil, eine Quote. Diese Konstellation liegt überall da vor, wo das Schuldverhältnis auf eine unteilbare Leistung gerichtet und von den Parteien keine Gesamtgläubigerschaft vereinbart ist (Miteigentümer verleihen das gemeinsame Pferd oder deponieren den gemeinsamen Schmuckgegenstand). Sie kann sich aber auch bei teilbaren Leistungen aus den Abmachungen der Parteien ergeben. Die bei der Mitforderung dem einzelnen Gläubiger zustehende Quote ist insofern selbständigen Charakters, als sie auf dritte Personen übertragen und gegenüber dem Schuldner isoliert geltend gemacht werden kann. Aber natürlich kann das isolierte Vorgehen des einzelnen Mitgläubigers immer nur von beschränkter Wirkung sein: er kann auf Grund seiner Forderungsquote nicht Leistung an sich allein, sondern immer nur Leistung an alle Gläubiger verlangen (§ 432 Abs. 1 S. 1). Der Anspruch auf Leistung an alle ist von problematischem Werte.

wenn zur Erfüllung der Obligation eine Mitwirkung sämtlicher Gläubiger erforderlich, aber nicht gewährleistet ist. Der einzelne Gläubiger kann darum statt auf Leistung an alle auf Hinterlegung bzw. auf Sequestration zugunsten aller klagen (§ 432 Abs. 1 S. 2). Da der Schuldner nur durch eine an alle Gläubiger bewirkte Leistung liberiert wird, muß, wenn der Schuldner die Leistung ordnungsmäßig allen Gläubigern angeboten, ein einzelner Gläubiger sie aber abgelehnt hat, dessen Verhalten den Annahmeverzug auf seiten sämtlicher Gläubiger auslösen. „Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger“ (§ 432 Abs. 2).

4. Ein Unterfall der Mitgläubigerschaft ist die Gesamthandsforderung. Hier gehört die gemeinschaftliche Forderung zu einem Vermögenskomplex, der um der Zwecke willen, denen er dient, durch das Gesamthandsprinzip zusammengehalten wird (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft). Dieses Prinzip läßt für die Anteile, die die Gemeinschafter an den das Vermögen bildenden Gegenständen haben, keine getrennten rechtlichen Schicksale zu. Darum ist hier die Forderungsquote des einzelnen Gläubigers keiner isolierten Übertragung und einer isolierten Geltendmachung, sei es auch bloß in der bescheidenen Form, daß der einzelne Gläubiger auf Leistung an alle klagt, nur da fähig, wo solche Geltendmachung, wie bei der Erbengemeinschaft (§ 2039) ausdrücklich zugelassen ist (bestritten!). Grundsätzlich kann immer nur über die ganze Gesamthandsforderung verfügt werden und nur entweder durch alle Gemeinschafter oder durch solche Personen, die nach Maßgabe der für das betreffende Gesamthandsverhältnis geltenden Rechtssätze mit Wirkung für alle Gemeinschafter zu handeln berechtigt sind.

§ 36. Mehrheit der Schuldner.

Bei der Beteiligung mehrerer Schuldner am Schuldverhältnis sind ähnlich verschiedene Gestaltungen, wie wir sie bei der Gläubigermehrheit kennengelernt haben, auseinander zu halten.

1. Handelt es sich um teilbare Leistungen, so spaltet sich wiederum das Schuldverhältnis grundsätzlich in eine der Zahl der Schuldner entsprechende Summe von einzelnen Schuldverpflichtungen, die im Zweifel gleich groß sind (§ 420). Diese Teilschuldnerschaft ist aber in noch höherem Grade, als es schon vorhin bei der Teilgläubigerschaft der Fall war, ein bloßes, durch weitreichende Ausnahmen seiner praktischen Bedeutung entkleidetes Prinzip. Denn gerade die wichtigsten Fälle von teilbaren Obligationen hat, wie sich gleich zeigen wird, das Gesetz der Regel „nomina sunt ipso jure divisa“ entzogen.

2. Der Gesamtforderung auf der aktiven entspricht die Gesamtschuld auf der passiven Seite des Schuldverhältnisses: bei ihr hat jeder Schuldner die ganze Leistung zu bewirken, während der Gläubiger sie nur einmal zu fordern berechtigt ist. Im Gegensatz zu dem geringen Vorkommen der Gesamtgläubigerschaft ist die Gesamtschuldnerschaft ein im Rechtsleben außerordentlich häufiges Gebilde. Sie hat einmal statt, wo mehrere eine unteilbare Leistung schulden (§ 431); sie ist im Zweifel sodann gegeben, wenn sich „mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten“ (§ 427); sie greift ferner ein, „wenn für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich sind“ (§ 840 Abs. 1) und sie liegt endlich regelmäßig vor, wo die Schuldnermehrheit sich im Wege Erbgangs eingestellt hat (§ 2058; vgl. aber auch § 2060). Von diesen allgemeinen Anwendungsgebieten abgesehen hat das Gesetz die gesamtschuldnerische Haftung noch in zahlreichen Einzelfällen statuiert[1]) und aus der

[1]) Vgl. z. B. §§ 42 Abs. 2, 53, 54, 769, 1108 Abs. 2, 1308, 1459 Abs. 2, 1480, 1530 Abs. 2, 1833 Abs. 2, 2219 Abs. 2. Dazu etwa noch § 59 Abs. 1 VersVG.

Natur der Dinge ergibt sie sich bei der sogenannten kumulativen Schuldübernahme, dem Schuldbeitritt, dessen Wesen ja gerade darin besteht, daß sich jemand dem Gläubiger gegenüber neben einem anderen Schuldner zum Mitschuldner macht.

Die Gesamtschuld soll den Gläubiger vor den Gefahren schützen, die ihm aus der Insolvenz eines einzelnen Schuldners erwachsen. Darum kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung nach freiem Belieben das Forderungsrecht ganz oder teilweise, gleichzeitig oder nacheinander gegen jeden der mehreren Schuldner geltend machen. Mit der erfolgten Befriedigung aber ist das Schuldverhältnis für alle Schuldner erloschen, wobei der Erfüllung in Ansehung der Gesamtwirkung gleichstehen Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung, wenn sie ausgehen von demjenigen Schuldner, in dessen Person die Voraussetzungen für diese Erfüllungssurrogate gegeben sind (§§ 421, 422). Ebenso befreit der vom Gläubiger mit einem Schuldner vereinbarte Erlaß (falls er nicht nur die Entlassung des Vertragsgegners aus dem Schuldverhältnis bezweckt) alle Schuldner und kommt der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch den übrigen Schuldnern zugute (§§ 423, 424). Alle sonstigen schuldrechtlich relevanten Tatsachen hingegen (wie insbesondere Kündigung, schuldnerische Nichterfüllung, Verjährung, Rechtskraft des Urteils) wirken, soweit sich nicht aus den Besonderheiten des konkreten Schuldverhältnisses etwas anderes ergibt, „nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten". Das gilt im Gegensatz zur Gesamtgläubigerschaft auch von der Konfusion (§ 425).

Die Haftung jedes einzelnen Schuldners auf die ganze Leistung besteht nur dem Gläubiger gegenüber. Sie besagt also nicht, daß der Gesamtschuldner, der gezahlt hat, auch seinen Mitschuldnern gegenüber zur alleinigen Tragung der durch die Leistungsbewirkung erlittenen Vermögensminderung verpflichtet sei. Vielmehr hängt es von dem Innenverhältnis, in dem die mehreren Schuldner zueinander stehen, ab, inwieweit der Leistende auf seine Genossen zurückgreifen kann. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Gesamtschuldner im internen Verhältnis zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, jedoch mit der Maßgabe, daß zugunsten des Regreßberechtigten der Anteil eines insolventen Gemeinschafters nicht mitzählt, sondern auf die zahlungsfähigen Gesamtschuldner repartiert wird (§ 426 Abs. 1). Sollten die Innenbeziehungen der Schuldner einen besonderen Rechtstitel für den Regreßanspruch (wie etwa Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag) nicht aufweisen, würde letzterer lediglich ein Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung sein. Um dem Regreßberechtigten die Problematik eines bloßen Bereicherungsanspruches zu ersparen und um ihm etwaige der getilgten Obligation anhaftende Vorzüge (Pfänder, Bürgschaften usw.) zu erhalten, läßt das Gesetzbuch — in ähnlicher Weise, wie wir es schon früher im Falle des § 268 kennengelernt haben — die Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen. Sollte sich freilich aus dem internen Verhältnis der Gesamtschuldner nicht nur kein besonderer Rechtstitel für den Regreßanspruch, sondern gerade der Mangel jeden Regreßanspruches ergeben (die Zahlung des Gesamtschuldners ist beispielsweise der Vollzug einer Schenkung an die Schuldnergenossen), so könnte der Einwand der Regreßlosigkeit des Innenverhältnisses auch der Klage aus dem übergegangenen Forderungsrecht entgegengesetzt werden (§ 426 Abs. 2).

Den hier besprochenen Gesamtschuldverhältnissen ist charakteristisch, daß die mehreren Schuldner den gleichen Gegenstand schulden und daß ihre Schuldverbindlichkeiten entweder denselben Entstehungsgrund haben oder daß wenigstens, wie bei der kumulativen Schuldübernahme, der eine Schuldner sich durch seinen Beitritt den Entstehungsgrund der anderen Obligation zu eigen macht. Denn nur dann läßt sich von dem Zwecke der Gläubigersicherung reden, von dem das

Institut der Gesamtschuld getragen ist. Deshalb gehören nicht hierher die Fälle, wo zwar mehrere Schuldner auf dieselbe Leistung verhaftet sind, die Leistungspflichten aber verschiedenen Entstehungsgründen entstammen und darum gewissermaßen nur zufällig eine inhaltliche Identität aufweisen. Das kommt namentlich bei Schadensersatzansprüchen häufig vor: der Maurer und der Zimmermann, mit denen der Bauherr zwar getrennte, einander nichts angehende Verträge abgeschlossen hat, deren beider Arbeit aber für das Fortschreiten des Neubaues gleichzeitig notwendig ist, bleiben aus, so daß der Verzugsschaden sowohl vom einen wie vom andern ersetzt verlangt werden kann; wegen eines Einbruchsdiebstahles ist sowohl der Dieb wie der Beamte der Wach- und Schließgesellschaft verantwortlich, der infolge Schlaftrunkenheit den Diebstahl nicht bemerkt hat; wegen einer Feuersbrunst erwachsen dem Beschädigten Ansprüche sowohl gegen den Brandstifter wie gegen die Versicherungsgesellschaft. Man spricht hier in der Literatur von unechten Gesamtschulden. Der Gläubiger, der von einem Haftpflichtigen entschädigt worden ist, kann naturgemäß zufolge Beseitigung seines Schadens vom anderen Schuldner nichts mehr verlangen. Von diesem Punkte, in dem sie miteinander verkettet sind, abgesehen, wird die Selbständigkeit der mehreren Schuldverhältnisse durch ihre Inhaltsgleichheit nicht berührt. Ebensowenig finden auf sie die vom internen Ausgleich handelnden Rechtssätze der Gesamtschuld Anwendung. Den hier regelmäßig fehlenden Regreßanspruch kann sich in einigen Fällen der zahlende Schuldner auf dem Umweg des früher erwähnten § 255 verschaffen.

3. Für die „Mitforderung" auf der aktiven Seite würde die Parallele auf der passiven Seite die „Mitschuld" sein, derzufolge sich das Schuldverhältnis weder in reale Teile zerlegte, noch jeder der mehreren Schuldner auf das Ganze haftete, sondern der einzelne mit einem ideellen Teile der Verbindlichkeit belastet wäre, so daß der Gläubiger die Erfüllung nur von allen Schuldnern gemeinschaftlich verlangen könnte. Solche Quoten von Leistungspflicht sind begrifflich denkbar, aber sie haben nach der positiven Regelung, die die Schuldnermehrheit im BGB. erfahren hat, wohl im internen Verhältnis der Schuldner, aber dem Gläubiger gegenüber zufolge § 431 nicht einmal bei unteilbaren Leistungen praktische Bedeutung. Indessen enthält § 431 kein zwingendes Recht und es lassen sich unteilbare Leistungen denken, bei denen die gesamtschuldnerische Haftung durch Parteivereinbarung ausgeschlossen ist. Wenn ein Verleger von Bühnenwerken mit zwei Schriftstellern, von denen der eine über die nötige Bühnentechnik, der andere über den nötigen Ideenreichtum verfügt, einen Vertrag abschließt, in dem diese sich verpflichten, zusammen ein Lustspiel zu schreiben, so kann er keinesfalls von jedem Schuldner das ganze Lustspiel verlangen, sondern er kann den einzelnen Schuldner nur auf die ihm obliegende Mitwirkung, auf Vertragserfüllung im ganzen aber nur beide Schuldner gemeinsam verklagen.

Die Notwendigkeit, gegen alle Schuldner gemeinschaftlich vorzugehen, kann sich für den Gläubiger übrigens auch bei Gesamtschuldverhältnissen ergeben. Nämlich dann, wenn die mehreren Schuldner auch oder gar nur mit einem Vermögenskomplex haften, der durch das Gesamthandsprinzip zusammengehalten wird und der Gläubiger seine Befriedigung aus diesem Vermögenskomplex durchführen will. So darf zwar bei Gesellschaftsschulden der Gläubiger vermöge der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter von jedem Schuldner die ganze Leistung fordern. Das isolierte Vorgehen gegenüber einem einzelnen Sozius eröffnet ihm aber die Zwangsvollstreckung nur in dessen Alleinvermögen: will er in das Gesellschaftsvermögen exequieren, so bedarf er dazu eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils (§ 736 ZPO.)[1]. Und ähnliches gilt in Ansehung des ungeteilten Nachlasses für die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Erben (ZPO. § 747).

---

[1]) Siehe unten § 46 unter 3.

§ 37. Die Bürgschaft.

1. Einen Fall der Schuldnermehrheit stellt auch die Bürgschaft dar, die in der Systematik des Gesetzbuchs ihren Platz unter den „einzelnen Schuldverhältnissen“ gefunden hat, die aber aus den verschiedensten Gründen besser in den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts abgehandelt wird. Da sie die Sicherung des Gläubigers dadurch bezweckt, daß er von mehreren Schuldnern jeden auf die ganze Leistung belangen kann, ist sie ihrer juristischen Struktur nach mit der vorhin besprochenen Gesamtschuld verwandt. Aber die Bürgschaft ist eine Gesamtschuld besonderer Art. Bei der Gesamtschuld in ihrer normalen Erscheinungsform waren die mehreren Schuldverbindlichkeiten einander koordiniert und es war darum die Existenz der einen Schuldverpflichtung keineswegs begriffliche Voraussetzung für den Bestand der anderen; die Bürgschaft hingegen setzt einer Hauptverpflichtung eine Nebenverpflichtung an die Seite und diese sekundäre Schuld kann nicht ohne Vorhandensein der primären begründet werden: hier herrscht also keine Koordination, sondern Akzessorietät. Und dieses akzessorische Verhältnis führt im Gegensatz zu dem geringen funktionellen Einfluß, den sonst bei der Gesamtschuld die eine Obligation auf die andere ausübt, zu einer starken inhaltlichen Beherrschung der Bürgschaftsschuld durch die Hauptschuld. Das Gesetzbuch hat dieses potenzierte Maß von Abhängigkeit dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es beim Bürgen nicht von einem „Mitschulden“, sondern von einem „Einstehen“ für eine fremde Verbindlichkeit redet (§ 765 Abs. 1). Dabei wird es oft schwer sein, zu entscheiden, ob jemand, der zugunsten einer fremden Schuld interveniert, bloßer Bürge hat werden oder ob er die Sicherung des Gläubigers durch einen Schuldbeitritt hat herstellen, also die volle gesamtschuldnerische Haftung eines Schuldnergenossen hat auf sich laden wollen. Weil derjenige, der einem notleidenden Schuldner beispringt, es regelmäßig nur unter den für ihn leichtesten gesetzlichen Bedingungen zu tun beabsichtigt, wird die Vermutung für die Bürgschaft streiten, so daß es Sache des eine weitergehende Intervention behauptenden Gläubigers ist, die Gründe darzutun, die im konkreten Falle für eine kumulative Schuldübernahme sprechen.

Die hier betonte Akzessorietät bezieht sich nur auf das Verhältnis von Bürgschaft und Hauptschuld. Hat sich der Gläubiger durch mehrere Bürgen gesichert, so greift zwischen letzteren solche Akzessorietät nicht Platz: sie stehen dem Gläubiger als koordinierte Schuldner gegenüber und haben im Rahmen der Bürgenhaftung ihre Verbindlichkeit nach den normalen Grundsätzen der Gesamtschuld zu erfüllen (§ 769). Anders wiederum als diese Mitbürgschaft ist die Afterbürgschaft zu beurteilen: sie soll den Gläubiger lediglich gegen ein Versagen des Bürgen schützen und ist darum der Hauptbürgschaft gegenüber akzessorischer Natur. Nicht zu verwechseln mit der Afterbürgschaft ist die Rückbürgschaft, durch die der Bürge seine etwaige Regreßforderung gegen den Schuldner vor den Gefahren schützt, die ihr aus dessen Insolvenz drohen.

Durch den akzessorischen Charakter der Bürgschaft rückt der Bürge im Vergleich zum Hauptschuldner gewissermaßen in den juristischen Hintergrund. Aus dieser Subsidiarität schöpfen diejenigen, die eine Bürgschaft eingehen, nur allzugern die trügerische Hoffnung von der praktischen Bedeutungslosigkeit der übernommenen Nebenschuld. So hat infolge oder trotz ihrer Akzessorietät die Bürgschaft von jeher zu den gefährlichen, ja vielleicht zu den gefährlichsten Geschäften des Privatrechts gehört (ἐγγύα πάρα δ'ἄτα). Das Gesetz versucht darum, dem sich Verbürgenden die Tragweite des Aktes dadurch zum Bewußtsein zu bringen, daß es, wenigstens außerhalb des Handelsverkehres, Schriftlichkeit des Bürgschaftsversprechens (nicht des Bürgschaftsvertrages) verlangt. Soweit freilich der Bürge ein wegen Formmangels nichtiges Bürgschaftsversprechen freiwillig erfüllt, wird der Mangel der Form nachträglich geheilt (§§ 766 BGB., 350 HGB.).

Der Bürgschaftsvertrag kann von den Parteien zur Sicherung jedweder Schuld. also nicht etwa nur zum Schutze von Geldschulden verwendet und er kann auch über künftige oder bedingte Verbindlichkeiten eingegangen werden (§ 765 Abs. 2). Eine Mitwirkung des Hauptschuldners ist zum Abschluß des Bürgschaftsvertrages nicht nötig und höchstens für den späteren Rückgriff des Bürgen gegen den Schuldner von Bedeutung.

2. Die Einzelwirkungen der Akzessorietät bringt das Gesetz einmal in § 767 zum Ausdruck, demzufolge „für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist". Im Gegensatz zu den Regeln, die wir bei der Gesamtschuld kennenlernten, gehen also inhaltliche Erweiterungen der Hauptschuld, die sich aus einer vom Schuldner zu vertretenden Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung ergeben, zu Lasten des Bürgen, während eine rechtsgeschäftliche Ausdehnung der Hauptschuld, die Gläubiger und Schuldner nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages vornehmen, den Bürgen selbstverständlich nicht berührt. Eine nachträgliche Reduzierung der Hauptschuld kommt dem Bürgen stets zugute, es müßte denn sein, daß sie auf einer von ihm selbst schuldhaft herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung oder auf einem Zwangsvergleich beruhte, denn beide Arten von Verteidigung wären mit dem Sicherungszweck der Bürgschaft nicht vereinbar (§§ 157 BGB.; 193 KO.). Die Akzessorietät äußert sich ferner in dem Rechte des Bürgen, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen (mit Ausnahme der Einrede der beschränkten Erbenhaftung, die eine ähnlich unzulässige Berufung des Bürgen auf die Insolvenz des Schuldners bedeuten würde, wie das Vorschützen des Zwangsvergleiches) und in seiner Befugnis, die Leistung zu verweigern, so lange der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit anfechten oder der Gläubiger gegen fällige Forderungen des Schuldners kompensieren kann (§§ 768, 770). Vor allem aber ist in der Akzessorietät die sogenannte Einrede der Vorausklage (beneficium excussionis) enthalten, die besagt, daß der Bürge dem Leistungsbegehr des Gläubigers erst nachzukommen braucht, wenn dieser gegen den Hauptschuldner die Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht hat (§§ 771, 772). Ausgeschlossen ist die Einrede der Vorausklage in den in § 773 aufgezählten Fällen, von denen der wichtigste der Verzicht des Bürgen auf die Einrede ist (selbstschuldnerische Bürgschaft). Die der Bürgenhaftung durch ihren akzessorischen Charakter an sich schon gezogenen Schranken kann der Bürge zum Zwecke seiner Risikominderung noch dadurch erhöhen, daß er die Bürgschaft von vornherein nur auf bestimmte Zeit übernimmt. Für die also befristete Bürgschaft hat das Gesetz in § 777 wichtige Auslegungsregeln aufgestellt.

3. In dem „Einstehen für fremde Schuld", das, wie wir sahen, das Wesen der Bürgschaft ausmacht, liegt es einbeschlossen, daß der Bürge mit der gegenüber dem Gläubiger übernommenen Verbindlichkeit das eigene Vermögen regelmäßig nicht endgültig belasten will. Sondern die Rolle des endgültig Haftenden fällt im Verhältnis von Bürgen und Hauptschuldner normalerweise dem letzteren zu. Die Rechte. die aus dieser Rollenverteilung dem Bürgen gegen den Hauptschuldner möglicherweise erwachsen, sind vor der Zahlung auf Befreiung von der Bürgschaft, nach der Zahlung auf Ersatz des Gezahlten gerichtet. Für den Fall, daß die Parteien selbst nichts anderes bestimmt haben, führt das Gesetzbuch in § 775 eine Reihe von Voraussetzungen auf, unter denen derjenige Bürge einen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner geltend machen kann, der die Bürgschaft als Mandatar oder negotiorum gestor des Schuldners übernommen hat. Wo Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag der Bürgschaft zugrunde liegt, wird auch der Erstattungsanspruch in erster Linie durch dieses Innenverhältnis bestimmt; wo sie fehlen, entsteht er eventuell als Bereicherungsanspruch. Aber wie bei der Gesamtschuld, so hat auch hier das Gesetzbuch dafür gesorgt. daß der Regreßanspruch niemals bloßer Bereicherungsanspruch ist und daß die Sicherungen, die

dem Schutze des Gläubigers dienten (Pfänder, anderweitige Bürgschaften), auch dem Regreßberechtigten zugute kommen: es geht in dem Umfang, wie der Bürge den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über. Und da für das Rückgriffsrecht des Bürgen, das in der Mehrzahl aller Fälle einem insolventen Schuldner gegenüber ausgeübt wird, die der Forderung anhaftenden Sicherungen von besonderer Wichtigkeit sind, wird der Bürge von seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger insoweit frei, als dieser solche Sicherungen zum Schaden des Bürgen aufgegeben hat. Folgt ausnahmsweise aus dem Innenverhältnis von Hauptschuldner und Bürgen, daß letzterer keinen Regreßanspruch haben soll, so würde der Schuldner einen entsprechenden Einwand natürlich auch der auf den Bürgen übergegangenen Gläubigerforderung entgegenstellen können (§§ 774, 776).

4. Ein Bürgschaftsvertrag ist darin nicht zu finden, daß jemand einen andern beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu gewähren (Kreditauftrag; mandatum qualificatum). Vielmehr wäre die Frage, inwieweit der Auftraggeber dem Beauftragten für den diesem aus der Kreditgewährung erwachsenden Schaden einzustehen habe, an und für sich nach Mandatsgrundsätzen zu beantworten. Da letztere indessen zur Befriedigung der hier in Betracht kommenden Verkehrsbedürfnisse nicht ausreichen, hat das Gesetz in § 778 die schon dem römischen Rechte bekannte Vorschrift aufgenommen, daß der Mandant dem Mandatar „für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge haftet“.

Zweiter Teil.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erstes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

§ 38. Kredit- und gewagte Geschäfte.

Kreditgewährung und demgemäßes Wagnis kann sich mit jedem Schuldvertrag verbinden. Aber es gibt Schuldverhältnisse, für die das Kreditieren und das Laufen eines Risikos begriffliche Erfordernisse sind. Dahin gehören das Darlehn, die Leibrente und Spiel und Wette[1]). Von ihnen soll hier in Kürze die Rede sein.

1. Das Darlehn. Nach der landläufigen Definition versteht man unter Darlehn die Hingabe vertretbarer Sachen in das Vermögen des Empfängers mit der Verabredung, daß letzterer sie zu Eigentum erwerben, später aber Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückgeben soll. Indessen kann ein Gelddarlehn auch in der Form der Banküberweisung oder des Schecks oder dadurch gewährt werden, daß der Darlehnsgeber dem Darlehnsnehmer eine Forderung abtritt, aus deren Einkassierung oder Verwertung sich dieser die Darlehnsvaluta besorgen soll. Oder er gibt ihm einen anderen Gegenstand mit der Verabredung hin, daß er ihn verkaufe und den Erlös für sich behalte (contractus mohatrae). Vielleicht auch verschafft er ihm die Darlehnsvaluta, indem er ihn, etwa vermittelst privativer Schuldübernahme, von einer Verbindlichkeit befreit. Ja, nach § 607 Abs. 2 kann jeder, der ,,Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen". Darnach werden wir die obige allzusehr auf den Bargeldverkehr zugeschnittene Definition dahin zu korrigieren haben, daß wir den von ihr gedeckten Fällen alle anderen gleichstellen, in denen sich jemand verpflichtet, eine ihm zugewendete oder von ihm geschuldete Wertsumme als Darlehn zurückzuzahlen.

Das Darlehn gehört, da hier der eine Teil lediglich Gläubiger, der andere lediglich Schuldner ist, zu den sogenannten ,,einseitigen Schuldverträgen"[2]). Zinsen kann der Gläubiger nicht schon kraft Gesetzes, sondern nur, wenn sie im Vertrag (sei es ausdrücklich, sei es nach Verkehrssitte) bedungen sind, verlangen. Wo sie geschuldet sind und nichts Abweichendes vereinbart ist, sind sie bei Jahresablauf, spätestens aber bei Rückerstattung des Darlehns zu entrichten (§ 608). Ist für die Rückerstattung ein Zeitpunkt von den Parteien nicht bestimmt, so kann das zinslose Darlehn vom Schuldner jederzeit zurückgezahlt werden, während im

---

[1]) Der ebenfalls hierher zu rechnende Versicherungsvertrag ist in diesem Sammelwerk Gegenstand besonderer Darstellung.

[2]) Oben S. 35.

übrigen die Fälligkeit des Darlehns von einer Kündigung des Gläubigers oder des Schuldners abhängt, deren Frist sich auf drei Monate oder einen Monat beläuft, je nachdem das Darlehn den Betrag von dreihundert Mark übersteigt oder nicht (§ 609)[1].

Noch kein Darlehn ist der sogenannte Darlehnsvorvertrag (pactum de mutuo dando). Denn in ihm wird eine künftige Darlehnsgewährung versprochen. Der Promissar erhält hier also gegen den anderen Teil einen Anspruch auf Abschluß eines Darlehnsgeschäftes. Ob er sich seinerseits auch zur Annahme des Darlehns verpflichtet, ist Auslegungsfrage. Der Anspruch auf Darlehnsgewährung ist zufolge § 399 unübertragbar. Natürlich wird sich jemand zum Versprechen einer Darlehnshingabe regelmäßig nur gegenüber einem solventen Vertragsgegner verstehen. Darum anerkennt hier das Gesetz für den Zweifelsfall die clausula rebus sic stantibus und gibt dem Versprechenden ein Widerrufsrecht, „wenn in den Vermögensverhältnissen des andern Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird" (§ 610).

2. Die Leibrente. Ihr Begriff wird vom BGB. nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Nach dem juristischen Sprachgebrauch versteht man unter Leibrente ein Schuldverhältnis, kraft dessen der eine Teil verpflichtet ist, dem anderen Teile auf beschränkte Zeit, gewöhnlich bis zu dessen Tode, periodisch wiederkehrende, in Geld oder sonstigen vertretbaren Sachen bestehende Leistungen zu bewirken. Solche Leibrentenpflicht kann unmittelbar vom Gesetz angeordnet werden (vgl. z. B. §§ 843, 844); sie kann ferner durch letztwillige Verfügung auferlegt werden und sie kann endlich, was uns hier allein interessiert, durch Vertrag begründet werden. Der Leibrentenvertrag ist (wennschon er in dieser Gestalt natürlich nur unter einander nahe stehenden Personen vorkommt) als unentgeltlicher Vertrag denkbar; dann trägt er zugleich die Merkmale des Schenkungsversprechens an sich. Er kann aber auch jedwede Art von Gegenleistung in sich aufnehmen; nur muß sich letztere auf die Leibrente im ganzen beziehen, denn nach deren herkömmlichem Begriff vertragen die einzelnen Raten keine Abhängigkeit von einem jeweilig wiederkehrenden Entgelt. Als Gegenleistung für eine Leibrente könnte beispielsweise ein Grundstück ausbedungen werden, oder es wird eine Leibrente versprochen als Äquivalent für eine Summe voraufgegangener Dienstleistungen (Pensionsversprechen). Die häufigste Form des Entgelts für eine Leibrente ist die einmalige Hingabe einer Kapitalssumme. Indem hier die Leibrentenbeträge als Äquivalent, also an Stelle eines empfangenen Kapitals zu entrichten sind, unterscheiden sie sich von Zinsbeträgen; denn diese werden neben einem Kapital geschuldet. Der Austausch von Kapital und Leibrente stellt für beide Parteien ein gewagtes Geschäft insofern dar, als der Empfänger der Rente begriffsnotwendigerweise vorleisten, also sich des Kapitals entäußern muß gegen den Erwerb bloßer Forderungsrechte, und der Leibrentenschuldner periodische Zahlungspflichten übernimmt, deren Umfang er infolge Unkenntnis ihrer zeitlichen Dauer regelmäßig nicht vorherzusehen vermag. Gemindert wird dieses Risiko dadurch, daß als Rentenpflichtige in solchen Leibrentenverträgen fast immer nur größere Institute auftreten, die den gewerbsmäßigen Abschluß der Verträge auf mathematischer Grundlage vornehmen nach den Regeln der Statistik und der Wahrscheinlichkeitsrechnung.

Das Gesetzbuch schreibt für das Leibrentenversprechen (nicht für den Leibrentenvertrag) Schriftlichkeit vor. Soweit die causa der Rentenverpflichtung (Schenkung) oder die Art der vereinbarten Gegenleistung (Grundstück) eine strengere Form verlangt, ist diese zu beobachten (§ 761). Im übrigen hat sich das Gesetzbuch bei der Normierung der Leibrente mit der Aufstellung einiger Auslegungs-

---

[1]) Diese aus glücklicheren Zeiten stammende Wertgrenze ist bisher von den Geldentwertungsgesetzen unberührt geblieben.

regeln begnügt: daß die Rente im Zweifel für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten ist (bei Festsetzung eines dies ad quem also wegfällt, wenn der Gläubiger vor Eintritt des dies stirbt); daß der für die Rente bestimmte Betrag normalerweise den Jahresbetrag der Rente bedeutet; daß Geldrenten quartalsweise pränumerando zu zahlen sind und daß dem Gläubiger, der den Beginn des Zeitabschnitts, für den die Rente im voraus zu entrichten ist, erlebt hat, der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag gebührt (§§ 759, 760).

3. Spiel und Wette. Beides sind Glücksverträge unter entgegengesetzten Bedingungen: je nach dem, den Parteien unbekannten Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von bestimmten Umständen soll der eine oder der andere Teil eine Leistung an den Gegner bewirken. Die im gemeinen Rechte bestrittene Grenzziehung von Spiel und Wette erübrigt sich nach BGB. deshalb, weil beide den gleichen Rechtssätzen unterstehen. Unter den Spielen und Wetten lassen sich verschiedene Arten unterscheiden: die sogenannten neutralen, d. h. diejenigen Spiele, die nicht verboten, aber auch nicht im einzelnen Falle besonders genehmigt sind, die also nur in dem Sinne als erlaubt bezeichnet werden dürfen, in dem alles Nicht-Verbotene erlaubt ist; die konzessionierten, d. h. im einzelnen Falle mit behördlicher Genehmigung veranstalteten Spiele (Lotterien, wo der Gewinn in Geld, Ausspielgeschäfte, wo er in anderen Sachen besteht) und die verbotenen Spiele (öffentliche und gewerbsmäßige Glücksspiele nach den §§ 284, 285 StrGB. in der Fassung des Reichsgesetzes vom 23. 12. 1919; der obrigkeitlichen Erlaubnis entbehrende Lotterien, Ausspielgeschäfte und Renn-Wettunternehmen nach § 286 StrGB. und Reichsgesetz betr. die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen vom 4. 7. 1905; das Spiel in auswärtigen Lotterien nach Landesrecht).

Diese Arteinteilung ist bedeutsam für die Rechtswirkung von Spiel und Wette. Bei den neutralen Spielen kommt die Gleichgültigkeit, mit der die Rechtsordnung ihrer Veranstaltung gegenübersteht, auch in ihrer privatrechtlichen Wertung zum Ausdruck: es wird durch sie ein Schuldverhältnis nicht begründet; derjenige Teil aber, der — und sei es auch in Unkenntnis von ihrer Unverbindlichkeit — freiwillig gezahlt hat, kann das Geleistete vom Gegner nicht aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen (§ 762 Abs. 1). Denn die Leistung hat, wennschon keiner Rechtspflicht, so doch einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen (vgl. § 814). Und was von dem neutralen Spiele selbst, das gilt auch von einem über die Spielschuld abgegebenen abstrakten Schuldversprechen: kein Erfüllungsanspruch des Gewinners, aber das Recht zur soluti retentio (§ 762 Abs. 2). Hingegen erzeugt der Vertrag aus einem konzessionierten Spiele eine vollgültige Obligation mit Klagbarkeit sowohl hinsichtlich des Einsatzes wie des Gewinnes (§ 763 S. 1). Dabei verkörpert sich die Forderung auf den Gewinn gewöhnlich in einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, dem sogenannten Lotterielos. Für das verbotene Spiel endlich gilt der grundsätzlich die Geschäftsnichtigkeit vorschreibende § 134 BGB., so daß beispielsweise das öffentliche und das gewerbsmäßige Glücksspiel weder eine Erfüllungspflicht des Verlierers noch auch ohne weiteres die Befugnis des anderen Teiles zur Einbehaltung des Empfangenen begründen. Nur da, wo der Inhalt des Verbotsgesetzes nicht die Nichtigkeit des Spielvertrags verlangt, kann auch das verbotene Spiel die Wirkung des neutralen, ja selbst die des konzessionierten Spieles haben. Ersteres ist für die staatlich nicht genehmigten Lotterien und Ausspielungen in § 763 S. 2 ausdrücklich betont; letzteres wird für die im Widerspruch zu landesrechtlichen Bestimmungen mit auswärtigen Lotterien abgeschlossenen Spielverträge anzunehmen sein.

Dem neutralen Spiele wird in § 764 das Differenzgeschäft gleichgeachtet. Man versteht darunter Verträge, die zwar auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lauten, bei denen aber nur der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- und Marktpreis des Lieferungstages von demjenigen Teile gezahlt

werden soll, zu dessen Nachteil er sich eingestellt hat. Seine hauptsächlichste Bedeutung hat das Differenzgeschäft im Börsenverkehr. Hier ist es durch Sondervorschriften geregelt, von denen im Börsenrecht zu handeln ist.

§ 39. Der Kaufvertrag.

1. Der Inhalt des Kaufvertrags ist auf entgeltliche Veräußerung eines Gegenstands, also auf Austausch von Ware und Preis gerichtet. Aber der Kauf stellt die entgeltliche Veräußerung noch nicht dar, sondern bereitet sie nur vor. Denn er begründet auf beiden Seiten nur die Verpflichtung zur Hergabe, während Veräußerung und Entgeltzahlung selbst erst in Erfüllung dieser Pflichten durch die jeweilig in Betracht kommenden Übertragungsakte erfolgen. Es bildet also der Kaufvertrag bloß die causa der Veräußerung und jener und diese sind, auch wenn sie zeitlich zusammenfallen, begrifflich selbständige Geschäfte, so daß die Unwirksamkeit des einen keineswegs die des anderen zu bedeuten braucht.

Kaufobjekt kann jedes einer Übertragung fähige wirtschaftliche Gut sein, und zwar sowohl das einzelne Gut wie ein Komplex von Gütern. Die größte Rolle spielen als Kaufgegenstände natürlich die Sachen und die Rechte. Das Gesetzbuch beschäftigt sich in seinem vom Kaufe handelnden Titel unmittelbar nur mit diesen beiden Arten von „Ware". Und da es im Gegensatz zu der im römisch-gemeinen Rechte herrschenden Ansicht den Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer Eigentum an ihr zu verschaffen, so trifft nach BGB. jeden Verkäufer eine Rechtsverschaffungspflicht. Die Verpflichtung zur Besitzübertragung hingegen lastet auf dem Verkäufer grundsätzlich nur beim Sachkauf, und nur ausnahmsweise auch beim Rechtskauf (§ 433 Abs. 1). Sie schließt häufig nach Abrede oder Verkehrssitte eine Verpackungs- und Versendungspflicht in sich.

Die Verpflichtung des Käufers erschöpft sich regelmäßig in der Kaufpreisschuld. Ihre Höhe unterliegt der freien Vereinbarung, soweit sich nicht Schranken aus dem Verbot des Wuchers oder aus der modernen Sondergesetzgebung gegen übermäßige Preissteigerungen ergeben[1]). Die Kaufpreisschuld ist eine Geldschuld, für deren Begleichung die Parteien aber natürlich auch andere Formen als die Barzahlung vereinbaren können. In Ergänzung der Kaufpreisschuld kann der Vertragsinhalt Nebenpflichten des Käufers vorsehen, teils solche, die mit als Gegenleistung für die Ware gedacht sind, teils solche, die außerhalb dieses Zweckes liegen. Die dem Käufer in § 433 Abs. 2 auferlegte Abnahmepflicht wird nur selten zu den ersteren, sondern regelmäßig zu den letzteren gehören. Diese Abnahmepflicht involviert keine Billigungspflicht des Käufers. Solche wäre da überflüssig, wo die Ware vertragsmäßig ist, und da sinnlos, wo letztere vertragswidrig ist. Sondern Abnahme bedeutet hier nur körperliche, für den Verkäufer Platz schaffende Entgegennahme der Ware seitens des Käufers. Sie ist darum auch bloß dort von Erheblichkeit, wo der Verkäufer ein Interesse daran hat, über den Raum, den der Kaufgegenstand bei ihm eingenommen, anderweitig disponieren zu können. Alsdann aber handelt es sich bei ihr um eine echte Schuldnerpflicht, so daß der Käufer, der sie nicht erfüllt, gegebenenfalls sowohl in mora accipiendi, wie in mora solvendi gerät.

Die Kaufverträge lassen sich nach den mannigfachsten Gesichtspunkten gruppieren. Abgesehen von den sich aus der Verschiedenheit der Kaufobjekte ergebenden Einteilungsmöglichkeiten kann man je nach der Fälligkeit der Leistungen, soweit es sich um den Kaufpreis handelt, den Barkauf, den Kreditkauf und den Pränumerationskauf, und soweit es sich um die Ware handelt, den Tageskauf und den Zeitkauf (Lieferungskauf) unterscheiden[2]). Eine praktisch bedeutsame

[1]) Nachweise bei Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse $^{15}/^{17}$, § 324 unter IV, S. 306f. und bei Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht ^{2} (1922) 24f.

[2]) Über den Begriff des Sukzessivlieferungsgeschäftes vgl. oben S. 59.

Sondervorschrift für den Kreditkauf enthält § 454, der dem Verkäufer nach Lieferung der Ware das Rücktrittsrecht nimmt, das ihm nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts im Falle des Verzugs des Käufers zustehen würde. Kraft Vertrags wieder hergestellt wird dieses Rücktrittsrecht für gewöhnlich bei einer bestimmten Art des Kreditkaufs, beim sogenannten Abzahlungsgeschäft, und meistens ist die Unterwerfung unter das Rücktrittsrecht des Verkäufers nicht das einzige Opfer, das hier der Käufer dafür bringen muß, daß ihm die Abtragung des Kaufpreises in Raten gestattet wird. Wegen ihrer wirtschaftlichen Gefährlichkeit haben diese Abzahlungsgeschäfte eine zum großen Teile von zwingenden Normen beherrschte Einzelregelung durch das neben dem BGB. in Kraft gebliebene Reichsgesetz vom 16. 5. 1894 erfahren.

In Bezug auf die Lokalisierung der Leistungspflicht des Verkäufers heben sich von einander ab die Kaufverträge, denen zufolge die Ware an dem Orte zu liefern ist, an dem sie sich befindet (Platzkauf), und die andern, wo der Kaufvollzug eine Versendung der Ware bedingt. Unter den letzteren wiederum spielen diejenigen eine besondere Rolle, bei denen der Ort, an den die Ware versendet wird, nicht der Erfüllungs-, sondern bloß der Ablieferungsort ist (Distanzkauf)[1].

Weitere Kaufgruppen werden durch Aufnahme bestimmter Bedingungen in den Vertragsabschluß gewonnen. So ist der „Kauf auf Probe" unter der, im Zweifel aufschiebenden, Bedingung eingegangen, daß der gekaufte Gegenstand die Billigung des Käufers findet: res empta esto, si placuerit (§§ 495, 496). Dieser Kauf auf Probe darf nicht verwechselt werden mit dem (unbedingten) Kaufe „nach Probe", wo die Eigenschaften einer Probe als vom Verkäufer zugesichert anzusehen sind (§ 494) und ebensowenig mit dem Kaufe „zur Probe", wo der Käufer für den Fall der Zufriedenheit mit der Ware weitere Aufträge in unverbindlicher Weise in Aussicht stellt. Mit einem bedingten Kaufe haben wir es ferner zu tun bei der sogenannten emptio rei speratae, dem Kaufe zukünftiger Sachen, wo der Kaufpreis nur zu zahlen ist, wenn die Kaufsache (das von der Kuh zu werfende Kalb, die Ernte eines Ackers) zur Existenz gelangt, dann aber ohne Rücksicht auf die Qualität der im voraus gekauften Ware. Wiederum nicht zu verwechseln mit dieser emptio rei speratae ist die (unbedingte) emptio spei, der Hoffnungskauf, wo eine Erwerbsaussicht den Kaufgegenstand bildet und darum der Kaufpreis auch dann zu zahlen ist, wenn die Hoffnung auf den Erwerb fehlschlägt (das ausgeworfene Fischernetz, auf dessen Inhalt der Käufer spekuliert hat, wird leer aus dem Wasser gezogen; das erwartete Kalb kommt infolge Todes der Kuh nicht zur Welt; der Acker wird vor der Ernte weggeschwemmt). Bei der emptio rei speratae will der Käufer nur das Risiko der Qualität und Quantität, bei der emptio spei auch das der Entstehung der Ware tragen. Als bedingter Kauf stellt sich sodann der Wiederkauf dar, insofern hier gelegentlich eines Kaufabschlusses ein zweiter Kauf über denselben Gegenstand zwischen denselben Personen, aber bei umgekehrter Rollenverteilung abgeschlossen wird, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß der Verkäufer erklärt, von dem ihm eingeräumten Wiederkaufsrecht Gebrauch zu machen. Es soll dadurch einem Verkäufer, der auf den späteren Wiedererwerb der Kaufsache Wert legt, die Möglichkeit gegeben werden, sich ihren Wiedergewinn zu sichern (§§ 497—503). Ebenfalls als bedingter und sogar als doppelt bedingter Kauf ist der Vorkauf zu charakterisieren. Hier kommt ein Kauf zustande einmal unter der Bedingung, daß der Verkäufer den Vertragsgegenstand an einen Dritten verkauft und unter der weiteren Bedingung, daß der Vorkaufsberechtigte in dieses Kaufgeschäft eintritt. Der Vorkauf dient den Interessen desjenigen, der eine Sache nicht eher erwerben will, als bis Gefahr besteht, daß sie in die Hände eines Dritten gelangt. Im Gegensatz zum Wiederkaufsrecht kann das Vorkaufsrecht ohne zeitliche

[1]) Über die Begriffe Erfüllungs- und Ablieferungsort oben § 12.

Grenze vereinbart werden, ist dafür aber, anders als jenes, unübertragbar und nur, wo es als befristetes begründet worden ist, vererblich (§§ 504—514). Von dem bloß bei Grundstücken zulässigen dinglichen Vorkaufsrecht ist im Sachenrecht zu handeln. Keinen bedingten Kaufvertrag stellt der Kauf unter Eigentumsvorbehalt dar: hier wird das Eigentum an der (unbedingt) verkauften Sache unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen. Und weil hier das Bedingte die Erfüllung und nicht der Kaufvertrag ist, ist der Kauf unter Eigentumsvorbehalt nur bei beweglichen Sachen möglich (§§ 455, 925 Abs. 2).

2. Die Pflichten des Käufers und des Verkäufers und die Folgen ihrer Nichterfüllung bestimmen sich nach den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts, die nur insoweit nicht eingreifen, als das Gesetz für den Kaufvertrag Sonderrechtssätze aufgestellt hat. Diese kaufrechtlichen Spezialvorschriften betreffen vor allem die Gefahrtragung der Parteien und die Rechts- und Sachmängelhaftung des Verkäufers.

a) Das römische Recht ließ nach der bekannten, nur historisch zu erklärenden Regel: „emptione perfecta periculum est emptoris" die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der gekauften Sache schon mit Vertragsschluß auf den Käufer übergehen, so daß letzterer den Kaufpreis zahlen mußte, auch wenn er infolge solcher Zufälle den Kaufgegenstand nicht oder nur in unzulänglichem Zustand erhielt. Das BGB. setzt in § 446 Abs. 1 S. 1 als Zeitpunkt des Gefahrübergangs grundsätzlich die Übergabe der Sache fest. Daß somit Ereignisse, die die ordnungsmäßige Übergabe der Ware vereiteln, dem Verkäufer den Kaufpreisanspruch nehmen, entspricht dem Prinzip des § 323. Und daß der Verkäufer die Kaufpreisforderung behält, wenn nach der Übergabe ein Zufall die Kaufsache vernichtet oder beschädigt, hat seinen Grund darin, daß, wenigstens bei beweglichen Sachen, der Verkäufer dem Käufer mit der Übergabe auch das Eigentum verschafft und dadurch seine kaufrechtlichen Verpflichtungen sämtlich erfüllt hat. Darum bewirkt auch nach richtiger Ansicht die Übergabe den Gefahrübergang in der Regel nur insoweit, als sie den Eigentumserwerb des Käufers herbeigeführt hat, während dieser umgekehrt auch ohne eigentliche Übergabe die Gefahr zu tragen hat, sobald er auf Grund eines Übergabesurrogates (brevi manu traditio, constitutum possessorium usw.) Eigentümer geworden ist. Bei Grundstücken freilich fallen Tradition und Eigentumsverschaffung nicht zusammen. Wenn trotzdem auch hier das Gesetz den Gefahrübergang an die Übergabe knüpft, so geschieht es aus der Erwägung heraus, daß bei Immobilien der Verkäufer nicht Herr über den Zeitpunkt des Eigentumswechsels ist und es darum unbillig wäre, ihn bis zum Eintritt des letzteren mit der Gefahrtragung zu belasten.

Von dem Übergabeprinzip macht das Gesetz bei der Gefahrverteilung drei wichtige Ausnahmen. Einmal läßt es — gemäß der Regel „casum sentit dominus" — bei Grundstücken die Gefahr auf den Käufer auch ohne Tradition übergehen, sobald er als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist (§ 446 Abs. 2), so daß beim Immobiliarkauf der Käufer die Gefahr trägt, wenn er entweder Besitz oder Eigentum am Grundstück erlangt hat. Sodann bürdet es beim Distanzkauf dem Käufer die Gefahrtragung schon mit dem Moment auf, in dem der Verkäufer „die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat" (§ 447 Abs. 1), obwohl in diesem Augenblick der Käufer in der Regel weder Besitz noch Eigentum an der Ware erworben hat[1]). Und endlich bestimmt § 2380 S. 1 für den Erbschaftskauf: „Der

[1]) Bei der Genusschuld ist, wie wir früher gesehen haben, der Gefahrübergang nur die Kehrseite der Konzentration. Somit läßt § 447 beim Gattungskauf implicite auch die Konkretisierung in dem oben genannten Zeitpunkt eintreten. Da aber der Verkäufer in diesem Moment weder erfüllt noch den Käufer in Annahmeverzug versetzt hat, bedeutet § 447 eine wichtige Ausnahme von der oben S. 10 aufgestellten Regel.

Käufer trägt von dem Abschluß des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände", wodurch jene römische Normierung der Gefahrtragung ihre Aufnahme auch in das BGB. gefunden hat, aber beschränkt auf einen diese Normierung vertragenden und verlangenden Spezialfall[1]).

Nach dem Grundsatz: „cuius est periculum, eius est commodum" entscheidet der Zeitpunkt des Gefahrübergangs auch darüber, welcher Partei des Kaufvertrags die Nutzungen des Kaufgegenstands gebühren. Und wiederum: wem die Nutzungen zukommen, der hat auch die Lasten der Sache zu tragen. Im Gesetzbuch finden sich diese Sätze zwar ausdrücklich nur für die in den §§ 446, 2380 geregelten Tatbestände ausgesprochen, sie müssen aber richtigerweise auch für den im § 447 behandelten Versendungskauf gelten.

b) Die Rechtsverschaffung, von der wir oben sagten, daß der Verkäufer zu ihr sowohl beim Sach- wie beim Rechtskauf verpflichtet sei, bedeutet nicht nur Verschaffung des betreffenden Rechtes überhaupt, sondern seine Verschaffung in vertragsmäßigem Zustand. Dazu gehört die Freiheit des Kaufgegenstands von privatrechtlichen Lasten, die von dritten Personen gegen den Käufer geltend gemacht werden können, und bei Forderungen die Abwesenheit von Einreden oder sonstigen der Geltendmachung im Wege stehenden Hindernissen, sie müßten denn ihre Ursache in der Insolvenz des Schuldners haben: denn für dessen Zahlungsfähigkeit (Bonität der Forderung) macht das Gesetz den Verkäufer nicht verantwortlich, und selbst wenn er solche Verantwortlichkeit freiwillig übernommen haben sollte, bezöge sie sich im Zweifel nur auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners zur Zeit der Abtretung. Daß beim Wertpapierkauf das Papier nicht für kraftlos erklärt sein darf, versteht sich, da es sonst an der Verität des Rechtes fehlte, von selbst; das Gesetz verlangt aber, daß es auch nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§§ 434—438).

Liegt bei Kaufabschluß ein Rechtsmangel in dem hier angedeuteten Sinne vor, so begründet er keinesfalls die Nichtigkeit des Vertrags. Er begründet sie nicht beim Sachkauf, weil er hier nur eine anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung bedeutet. Er begründet sie aber auch nicht beim Rechtskauf, obwohl er hier möglicherweise Nichtexistenz des Kaufgegenstands und demnach objektive Leistungsunmöglichkeit bedeutet[2]). Denn die allgemeine Regel des § 306 ist hier durch die Sondervorschrift des § 437 verdrängt. Es könnte also auch über eine nichtige Forderung, einen nichtigen Wechsel, eine nichtige Aktie ein gültiger Kauf zustande kommen.

Aus dem trotz des Rechtsmangels gültigen Kaufvertrag kann im Falle der Behebbarkeit des Mangels der Verkäufer auf Erfüllung seiner Rechtsverschaffungspflicht verklagt werden. Bei schuldhafter Nichterfüllung trifft ihn die Schadensersatzpflicht bzw. hat der Käufer die sonstigen Rechtsbehelfe, die das Gesetz dem Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag gegenüber dessen Verletzung einräumt (§ 440 Abs. 1). Eine Besonderheit der Rechtsmängelhaftung liegt aber darin, daß dem Käufer die Rechte, die der Gläubiger sonst nur aus einem schuldhaften Verhalten des Schuldners ableiten kann, wegen eines Rechtsmangels in weitem Umfang auch bei Schuldlosigkeit des Verkäufers zustehen: insbesondere ist ein schon bei Kaufabschluß vorhandener Mangel im Rechte, wie sich aus §§ 437, 439 Abs. 1 ergibt, ein vom Verkäufer schlechthin zu vertretender Umstand (Rechtsmängelgewähr). Und eine weitere Besonderheit der Rechtsmängelhaftung ist es, daß der Käufer einer beweglichen und ihm zum Zwecke der Eigentumsverschaffung tradierten Sache den Schadensersatzanspruch nur geltend machen kann, wenn entweder die

---

[1]) Das Nähere hierüber im Erbrecht.

[2]) Über subjektive und objektive Unmöglichkeit der Leistung siehe oben S. 28.

Sache untergegangen ist oder er sie dem Verkäufer zurückgewährt oder dem Drittberechtigten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder ein der Herausgabe vom Gesetz gleichgestellter Tatbestand eingetreten ist (§ 440 Abs. 2—3).

Rechtsmängelansprüche kann der Käufer nicht geltend machen, wenn er den Rechtsmangel bei Kaufabschluß kennt, es müßte sich denn um pfandartige Belastungen des Kaufgegenstands handeln (§ 439). Daß die Parteien die gesetzliche Rechtsmängelhaftung des Verkäufers im Wege der Vereinbarung abändern können, ist selbstverständlich. Soweit letztere aber zugunsten des Verkäufers getroffen wird, ist sie unwirksam, wenn dieser den Mangel arglistig verschweigt (§ 443). Im übrigen sei bemerkt, daß für unser heutiges Verkehrsleben die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nicht mehr die Rolle spielt, wie im römischen Rechte, da nach den sachenrechtlichen Vorschriften vom gutgläubigen Erwerb der Käufer das begehrte Recht auch von einem Verkäufer übertragen bekommen kann, der es selbst nicht besitzt[1]).

c) Beim Sachkauf ist, wennschon diese Auffassung nicht unbestritten ist, der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache mit bestimmten Eigenschaften zu liefern. Und zwar muß sie, wenn der Verkäufer hinsichtlich ihrer besondere Zusicherungen gemacht hat, die zugesicherten Eigenschaften haben, andernfalls so beschaffen sein, wie es ihr gewöhnlicher oder der aus dem Vertrag sich ergebende Gebrauchszweck verlangt. Daß die Sache diese Eigenschaften gerade im Moment des Kaufabschlusses besitzt, ist weder erforderlich noch ausreichend: maßgebend ist, daß sie im Augenblick des Gefahrübergangs, regelmäßig also bei der Übergabe vorhanden sind. Fehlen sie aber im Zeitpunkt des Kaufabschlusses, so ist, auch wenn der Mangel nicht behebbar ist, der Vertrag nicht wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nichtig, sondern trotz des Sachmangels gültig (§ 459).

Ist die Kaufsache in dem hier angedeuteten Sinne mangelhaft, so hat beim Gattungskauf der Käufer einen Erfüllungsanspruch insofern, als er an Stelle des fehlerhaften Stückes ein mangelfreies verlangen kann (§ 480 Abs. 1). Beim Spezieskauf hingegen steht ihm, auch im Falle der Behebbarkeit des Mangels, ein Erfüllungsanspruch nicht zu. Er würde hier die Natur einer Mängelbeseitigungsklage haben und solche Reparaturpflicht soll dem Verkäufer, der nur selten der Produzent der Ware ist, nicht zugemutet werden. Ebensowenig kann der Käufer, weder beim Gattungs- noch beim Spezieskauf, aus der dem Verkäufer vom Gesetz auferlegten Mängelgewähr ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bzw. Schlechtlieferung ableiten. Sondern das Erfüllungsinteresse kann der Käufer nur geltend machen, soweit ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers solche Forderung zufolge der allgemeinen Vorschriften über Vertragsverletzung begründet; darüber hinaus nur, wenn zugesicherte Eigenschaften schon bei Kaufabschluß gefehlt haben oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§§ 463, 480 Abs. 2). Hingegen verleiht das Gesetz in allen Fällen der Mangelhaftigkeit der Ware dem Käufer einen Anspruch auf Wandlung des Kaufes oder auf Minderung des Kaufpreises (§ 462). Die Wandlung ist eine Abart des Rücktritts, dessen früher dargestellte Rechtssätze mit einigen Ausnahmen auf sie Anwendung finden; bei der Minderung wird der zu zahlende Kaufpreis auf Grund der Gleichung berechnet, die wir seinerzeit bei der Herabsetzung der Gegenleistung im Falle teilweiser Leistungsunmöglichkeit kennengelernt haben (§§ 467, 472, 473)[2]). Für den Vollzug von Wandlung und Minderung hat das Gesetz in dem aus theoretischen Erwägungen hervorgegangenen § 465 ein eigentümliches, dem praktischen Leben fremd gebliebenes Gebilde von Kontrahierungszwang geschaffen. Die Mehrzahl der dem Käufer aus der Mangelhaftigkeit der Ware erwachsenden Ansprüche ist einer kurzen Verjährung unterworfen, nach deren Ablauf aber dem Käufer mög-

[1]) Über die besondere Regelung der Rechtsmängelhaftung beim Erbschaftskauf siehe Erbrecht.

[2]) Oben S. 61.

licherweise noch die einredeweise Geltendmachung seiner Rechte verbleibt (§§ 477, 478, 480 Abs. 1 S. 2).

Eine Sonderregelung hat die Gewährleistung wegen Sachmängel erfahren, wenn es sich um den Verkauf eines der in § 481 genannten Tiere handelt. Die wichtigsten Abweichungen der Viehmängelhaftung bestehen darin, daß der Verkäufer, soweit er nicht bestimmte Zusicherungen gemacht hat, nur sogenannte Hauptmängel und auch diese nur dann zu vertreten hat, wenn sie sich innerhalb sogenannter Gewährfristen zeigen[1]; daß das Auftreten eines Hauptmangels innerhalb dieser Frist die Vermutung begründet, er sei schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden gewesen; daß dem Käufer kein Minderungsrecht zusteht und daß die Mängelansprüche einer noch kürzeren Verjährung als sonst und überdies der Präklusion im Falle nicht rechtzeitiger Mängelanzeige unterworfen sind (§§ 482—492).

Ansprüche wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache werden vom Käufer nicht erworben, wenn er den Mangel bei Kaufabschluß kennt, unter Umständen schon dann nicht, wenn er ihn infolge von grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 460). Ebenso entfallen die Mängelansprüche, wenn der Käufer trotz Kenntnis des Mangels die Sache vorbehaltslos annimmt (§§ 464, 480 Abs. 1 S. 2). Sie entstehen ferner aus naheliegenden Gründen nicht beim Erbschaftskauf (§ 2376 Abs. 2) oder wenn die Sache „auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird" (§ 461) oder wenn der Mangel nur „eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit" der Sache bedeutet und seine Abwesenheit nicht zugesichert war (§ 459 Abs. 1 S. 2). Und beim Grundstückskauf kann der Käufer wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandlung nur verlangen, wenn infolge des Mangels die Vertragserfüllung kein Interesse für ihn hat (§ 468 S. 2). Wie bei der Rechtsmängelhaftung, so sind auch bei der Sachmängelhaftung zuungunsten des Käufers getroffene Parteivereinbarungen unwirksam, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt (§§ 476, 480). Die Modifikationen, die die Sachmängelhaftung durch die sogenannte Mängelrügepflicht des Käufers erfährt, gehören dem Handelsrecht an.

3. Kein Kauf ist der Tausch. Er ist nicht auf den Umsatz von Ware gegen Geld, sondern von Ware gegen Ware gerichtet. Aber es finden auf ihn die Vorschriften vom Kaufe entsprechende Anwendung (§ 515). Ferner sollen zwar nicht alle kaufrechtlichen, aber doch die von der Sach- und Rechtsmängelhaftung des Verkäufers handelnden Normen auch für andere Verträge sinngemäß gelten, „die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind" (§§ 445, 493). Man kann hier an Verträge denken, in denen Arbeitsleistungen gegen Warenlieferungen versprochen werden oder an einen Vergleich, in dem sich der eine Teil zum Verzicht auf eine Servitut, der andere Teil zur Hergabe eines Grundstücks verpflichtet. Komplizierter noch erscheinen die Geschäfte, in denen es jemand übernimmt, die Sache erst herzustellen, an der er Besitz und Eigentum übertragen soll. Hier liegt eine Verbindung von Werkvertrag und Kaufvertrag vor (Werklieferungsvertrag). Das Gesetz will auf dieses Gebilde die Vorschriften vom Kaufe angewendet wissen, freilich, wenn eine nicht vertretbare Sache Vertragsgegenstand ist, verdrängt durch zahlreiche und wichtige Vorschriften vom Werkvertrag (§ 651).

§ 40. Die Schenkung.

1. Nach der vom Gesetz selbst in § 516 Abs. 1 gegebenen Begriffsbestimmung gehört zur Schenkung „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert", und die Einigung beider Teile darüber, „daß die Zu-

[1]) Hauptmängel und Gewährfristen finden sich nicht im Gesetzbuch aufgezählt, sondern sind nach § 482 Abs. 2 dem Verordnungsweg vorbehalten. Vgl. Kaiserl. VO. vom 27. 3. 1899 (RGBl. 219).

wendung unentgeltlich erfolgt". Ergänzt wird diese Legaldefinition in § 517 dahin, daß „eine Schenkung nicht vorliegt, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt".

Aus diesen Sätzen läßt sich für die Rechtsnatur der Schenkung eine doppelte Erkenntnis gewinnen.

Sie lehren uns einmal, daß man dem Wesen der Schenkung nicht gerecht würde, wenn man in ihr lediglich das unentgeltliche Parallelinstitut zum Kaufvertrag erblickte. Der Kauf war ein auf Veräußerung eines Gegenstands gerichtetes Rechtsgeschäft. Die Schenkung aber braucht nicht notwendigerweise eine „Veräußerung" an den Beschenkten, sondern kann jedwede Art von „Zuwendung" an ihn zum Inhalt haben, so daß ihr Bereich alle dem letzteren Begriff unterstellbaren Rechtsvorgänge umfaßt: auch die Bezahlung fremder Schulden oder der Verzicht auf ein gegen den anderen Vertragsteil sich richtendes Recht kann eine „Schenkung" sein. Die Schenkung ist also nicht, wie der Kauf, ein einzelner Kontraktstypus, sondern ein Gebilde, das sehr verschiedenartige Geschäftsfiguren in sich begreift. Ihr Korrelat kann deshalb nie ein bestimmter entgeltlicher Vertrag, sondern nur der entgeltliche Vertrag schlechthin sein: dieser Vertrags*gattung* steht sie als die *Gattung* der unentgeltlichen Verträge gegenüber. Darum hat man auch in der Doktrin wiederholt und grundsätzlich mit Recht versucht, der Schenkung ihren systematischen Platz unter den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts zuzuweisen. Und nur die Tatsache, daß im täglichen Leben die meisten Schenkungen eine Rechts*übertragung* an den Beschenkten bezwecken, bei denen dann naturgemäß analoge Fragen wie beim Kaufe auftauchen, kann die vom Gesetz und von uns hier befolgte Einreihung der Schenkung unter die „einzelnen Schuldverhältnisse" und ihre Placierung hinter den Kaufvertrag rechtfertigen.

Und zum anderen zeigt die obige Legaldefinition, daß jede einzelne Schenkung, auch wo sie sich dem laienhaften Auge als ein einheitlicher Vorgang darstellt, in zwei begrifflich getrennte Akte zerfällt: in die Zuwendung und in die Einigung über deren Unentgeltlichkeit. Die Zuwendung ist die unmittelbare Bewirkung der Vermögensverschiebung und sie kann sich je nach dem Inhalt der Schenkung entweder durch Rechtsgeschäft (Verfügungsgeschäft) oder durch rein faktisches Handeln, und ersternfalls durch (dinglichen) Vertrag oder durch einseitiges Rechtsgeschäft vollziehen; sie erzeugt als solche keine Schuldverpflichtung und gehört insofern nicht dem Obligationenrecht an. Die Einigung über die Unentgeltlichkeit hingegen ist stets Vertrag; sie gibt die causa für die Zuwendung ab (causa donandi), sichert so dem Beschenkten in Ansehung des Geschenkes das Behalten-Dürfen und ist dasjenige Element, dem die mit der Schenkung möglicherweise verbundenen Pflichten entstammen; sie ist also von spezifisch obligationsrechtlicher Bedeutung.

Die unentgeltliche Zuwendung, die das Wesen der Schenkung ausmacht, ist nicht identisch mit freiwilliger Zuwendung: der Prinzipal, der am Tage der Gehaltsfälligkeit aus freien Stücken dem Gehilfen ein erhöhtes Gehalt oder eine Gratifikation auszahlt, macht kein Geschenk, sondern leistet Entgelt. Anderseits tut es dem Begriff der Schenkung keinen Abbruch, daß durch sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Wohl aber hat das Gesetz an verschiedenen Stellen für derartige Schenkungen eine unterschiedliche Behandlung vorgesehen gegenüber den aus anderen Motiven entspringenden Liberalitäten (§§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2330).

Wenn schon Zuwendung und Einigung über ihre Unentgeltlichkeit vorhanden sein müssen, wo eine Schenkung zustande kommen soll, so ist doch grundsätzlich die Reihenfolge gleichgültig, in der sich die genannten Akte abspielen. Sie können zeitlich zusammenfallen; dann liegt die sogenannte *Barschenkung* oder das Handgeschenk vor, die im Leben weitaus häufigste Schenkungsart. Es kann aber auch

die Einigung der Zuwendung vorausgehen; dann begründet sie die Verpflichtung zur Bewirkung der letzteren und es entsteht die Rechtsfigur des Schenkungsversprechens. Während die Barschenkung in jeder Höhe auch formlos gültig ist (soweit nicht das Landesrecht nach EG. Art. 87 Schranken errichtet hat), beugt das Gesetz beim Schenkungsversprechen der übereilten Abgabe, die hier besonders leicht zu besorgen ist, dadurch vor, daß es in § 518 gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangt. Dabei wird aber wieder ein etwaiger Formmangel durch spätere Leistungsbewirkung geheilt, wohingegen das Formerfordernis nicht dadurch umgangen werden kann, daß das Schenkungsversprechen in das Gewand eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses gekleidet wird. Mit einem qualifizierten Falle von Barschenkung haben wir es schließlich bei der dritten denkbaren Kombination zu tun: daß nämlich die Einigung der Zuwendung nachfolgt (jemand bezahlt hinter dem Rücken eines anderen dessen Schulden). Dann kann die antizipierte Vermögensverschiebung die fertige Schenkung noch nicht darstellen, sondern diese findet ihren Abschluß erst, wenn der zu Beschenkende sich mit ihr einverstanden erklärt. Verweigert er sein Einverständnis, so ermangelt die Zuwendung der causa donandi und kann darum vom Zuwendenden als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Aus dem Schwebezustand, in den der Schenker bis zur Stellungnahme des anderen Teiles versetzt ist, kann er sich auf die in § 516 Abs. 2 bezeichnete Weise befreien.

2. Was bei der Schenkung die einzelnen Pflichten der Parteien angeht, so kommt auf seiten des Schenkers eine Verpflichtung zur Bewirkung der Zuwendung nur im Falle des Schenkungsversprechens in Betracht. Auch kann hier allein von einer Schadenshaftung wegen Nichtbewirkung der Zuwendung die Rede sein. Dabei ist aber zu beachten, daß gegenüber dem Anspruch aus dem Schenkungsversprechen dem Schuldner die Einrede des Notbedarfs zusteht, daß Verzugszinsen nicht zu entrichten sind und daß der Schenker in allen Fällen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet (§§ 519, 521, 522). Eine Sach- und Rechtsmängelhaftung trifft den Schenker nur im Falle des arglistigen Verschweigens, und zwar hat er hier den mit der Verheimlichung des Mangels im Kausalzusammenhang stehenden Schaden zu ersetzen; Ansprüche auf Ersatz des Erfüllungsinteresses oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache können gegen ihn in engen Grenzen beim Versprechen eines von ihm erst zu erwerbenden Gegenstands geltend gemacht werden (§§ 523, 524).

Auf seiten des Beschenkten sind denkbare Pflichten die Vollziehung einer Auflage und die Rückgewähr des Geschenks. Die Auflage nimmt der Schenkung nicht ihren unentgeltlichen Charakter; sie kann in einer bestimmten Verwendung des Geschenks oder in einer sonstigen Handlung bestehen[1]). Sie ist fällig immer erst nach Empfang des Geschenks und eventuellem Ausgleich der sich aus einem etwaigen Mangel des geschenkten Gegenstandes ergebenden Wertdifferenz; ihre Erfüllung kann nicht nur vom Schenker selbst, sondern nach dessen Tode bei obwaltendem öffentlichen Interesse auch von der zuständigen Behörde verlangt werden und ihre Nichterfüllung begründet für den Beschenkten niemals eine Schadensersatzpflicht, sondern bringt ihm nur unter Umständen den Nachteil ein, das Empfangene als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgeben zu müssen (§§ 525—527). Eine gleiche Herausgabepflicht entsteht für den Beschenkten, wenn der Schenker verarmt oder wenn er die Schenkung wegen groben Undanks widerruft (§§ 528—534).

3. Die Schenkung kann mit einem entgeltlichen Geschäft, insbesondere mit einem Kaufe kombiniert werden. Dann spricht man von einem negotium mixtum cum donatione. Aber nicht jeder Kaufvertrag, bei dem der Kaufpreis hinter dem

[1]) Das Nähere über den Begriff der Auflage und seine Abgrenzung von der Bedingung gehört in den allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechtes.

Werte der Ware zurückbleibt, ist ein solches „gemischtes Geschäft“. Sondern ob ein Gegenstand als teils verkauft und teils verschenkt zu gelten hat, hängt ausschließlich von den zum Ausdruck gebrachten Parteiintentionen ab.

§ 41. Miete und Pacht.

1. Im Mietvertrag verspricht der eine Teil die Überlassung des Gebrauchs einer Sache, der andere Teil eine Gegenleistung, die nicht begriffsnotwendig, aber in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle in Geld besteht (Mietzins). Selten erschöpft sich die Miete in einem einmaligen Sachgebrauch, sondern für gewöhnlich erstreckt sie sich auf einen kürzeren oder längeren Zeitraum, weshalb sie zu den sogenannten Dauerschuldverhältnissen zählt und der Mietzins meistens in periodisch wiederkehrenden Raten entrichtet wird. Da der Mieter die Sache nur gebrauchen, aber nicht verbrauchen soll, ist Miete nur an res non consumtibiles denkbar; ihr Hauptanwendungsgebiet hat sie bei unbeweglichen Sachen, insbesondere bei Wohnungen; aber auch bei beweglichen Sachen, wie namentlich bei einzelnen Tiergattungen, bei Maschinen, bei Büchern spielt sie eine große Rolle und die wirtschaftlichen Funktionen, die sie hier zu versehen hat, werden um so größere sein, je unmöglicher bei der gegenwärtigen Preisentwicklung für den Durchschnitt der Bevölkerung der käufliche Erwerb vieler Gegenstände bleiben wird. Wo der Mieter, wie es regelmäßig der Fall ist, von der Sache den vertragsmäßigen Gebrauch nur machen kann, wenn er sie in seine tatsächliche Gewalt bekommt, wird er, zwar nicht schon mit Vertragsabschluß, wohl aber mit der Gebrauchsüberlassung Besitzer der Sache, ohne daß deswegen der Vermieter, zu dem ja die Sache später zurückkehren soll, aus jeder Besitzerstellung ausscheidet: ihm verbleibt während der Mietzeit der mittelbare Besitz gegenüber dem unmittelbaren Besitz des Mieters (§ 868). Um dem Mieter den Gebrauch der Sache zu gewähren, braucht der Vermieter nicht Eigentümer zu sein; es genügt jede Herrschaft über die Sache, die ihn zur Gebrauchsüberlassung befähigt, also beispielsweise Nießbrauch oder wiederum Miete (Aftermiete). Darum bedeutet auch, anders als beim Kaufe, fehlende rechtliche Beziehung des Vermieters zur Sache mangelhafte Vertragserfüllung erst dann, wenn das Eingreifen des Drittberechtigten die Gebrauchsgewährung vereitelt. In den meisten Fällen ist natürlich der Vermieter der Sache zugleich ihr Eigentümer und gerade der Gegensatz der Interessen des um die Erhaltung der Substanz seiner Sache besorgten Eigentümers und des auf möglichst intensive Sachbenutzung bedachten Mieters führt zu den unerquicklichen Streitigkeiten, wie sie im Verlauf eines Mietverhältnisses so gern auftreten und denen keinesfalls das dem Gesetz gestattete Maß von Kasuistik, aber auch der minutiöseste Vertrag kaum vorzubeugen imstande ist.

Soweit der Vermieter Eigentümer ist, bleibt er trotz der eingegangenen Miete befähigt, die Mietsache an dritte Personen zu veräußern — bei beweglichen, dem Mieter bereits zum Gebrauch überlassenen Sachen freilich regelmäßig nur auf die in § 931 vorgesehene Weise. Da der Mieter kein dingliches Recht am Gegenstand der Miete erlangt, sondern sein Anspruch auf Gebrauchsgewährung rein obligationsrechtlicher Natur ist und darum nur gegenüber dem Vertragsgegner besteht, so würde der Dritterwerber an sich nicht gehindert sein, das auf ihn übergegangene Eigentum des Vermieters gegen den Mieter ohne Rücksicht auf dessen Vertragsrechte geltend zu machen. Das römische Recht hat diese aus der juristischen Situation sich ergebende Konsequenz auch in vollem Umfang gezogen. Das BGB. hingegen hat, entsprechend der veränderten wirtschaftlichen Bedeutung der Miete, den Grundsatz, daß Kauf Miete bricht, für die praktisch wichtigsten Fälle außer Kraft gesetzt und dadurch dem Mieter, ohne ihm eine dingliche Rechtsstellung einzuräumen, doch eine die gewöhnliche Position eines Gläubigers überragende Rechtsmacht verliehen. So gewährt es einmal dem Mieter einer beweglichen Sache, die der

Dritte vom Vermieter im Wege der Vindikationszession erworben hat, den zessionsrechtlichen Schutz des § 404 auch gegenüber der dinglichen Klage des neuen Eigentümers (§ 986 Abs. 2). Und weiter noch geht es bei der Miete von Grundstücken und Wohnungen. Hier tritt, wenn die Veräußerung nach der Überlassung der Sache an den Mieter erfolgt, der Dritterwerber geradezu in den Mietvertrag ein: er hat an Stelle des Vermieters (der aber noch eine Zeitlang wie ein selbstschuldnerischer Bürge haftet) dessen Pflichten zu erfüllen und ihm stehen die Rechte aus dem Mietvertrag zu, darunter sogar möglicherweise Mietzinsansprüche, die der Vermieter selbst nicht mehr besessen hat (§§ 571—576; 580 und Reichsgesetz vom 8. 6. 1915 betr. Einschränkung der Verfügungen über Pacht- und Mietzinsforderungen). Wird eine Veräußerung des vermieteten Grundstücks vorgenommen, ehe noch die Überlassung an den Mieter stattgefunden hat, so löst sie den automatischen Übergang der Vermieterstellung auf den Dritterwerber nicht aus; immerhin sukzediert letzterer auch hier in die Vermieterrechte und -pflichten, wenn er „dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen hat“ (§ 578).

Der intensive Schutz, den hiernach der Grundstücks- und Wohnungsmieter genießt, hat gegenwärtig an Bedeutung dadurch verloren, daß er von den noch weitergehenden Schutzbestimmungen der neueren mietrechtlichen Gesetzgebung überholt worden ist. Schon in Friedenszeiten barg das Wohnungswesen eine Fülle sozialer, von den berufenen Instanzen keineswegs restlos gelöster Probleme in sich. Der durch Krieg und Revolution entstandene Wohnungsmangel aber hat der Rechtsordnung gänzlich neue Aufgaben gestellt. In vierfacher Hinsicht wurde im besonderen ihr fürsorgliches Eingreifen notwendig: es mußte einmal durch Rationierung der vorhandenen Wohnungen dem wohnungslosen Teile der Bevölkerung Unterkunft verschafft werden, eine staatliche Obliegenheit, die sich angesichts der Unmöglichkeit, genügend Neubauten aufzuführen, nicht ohne zwangsweisen Eingriff in privates Eigentum erfüllen läßt; es mußte ferner der im Besitz einer Wohnung Befindliche vor deren Verlust, also vor Kündigung und Exmission bewahrt werden; es war drittens der Mietzins mit den veränderten Geldverhältnissen dergestalt in Einklang zu bringen, daß sowohl der Mieter vor Ausbeutung seiner Notlage, wie der Vermieter vor ruinösen Opfern behütet bleibt; und es waren viertens bei den mit Sammelheizung und Warmwassereinrichtung versehenen Wohnungen die sich aus der Kohlenknappheit und der Kohlenteuerung ergebenden Interessenkollisionen zu schlichten. Seine Regelung hat dieser Fragenkreis, nachdem sich die verschiedensten Reichs-, Landes- und Gemeindeverordnungen mit ihm beschäftigt hatten, gegenwärtig durch das Reichsgesetz über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel vom 11. 5. 1920 und durch das Reichsmietengesetz vom 24. 3. 1922 nebst den dazu ergangenen landes- und gemeinderechtlichen Ausführungsbestimmungen erfahren[1]). Auf den Inhalt dieser noch immer im Flusse befindlichen Gesetzgebung kann hier nicht näher eingegangen werden. Ihre obligationsrechtliche Bedeutung liegt hauptsächlich in den weitreichenden Kompetenzen, die den Mieteinigungsämtern auf dem Gebiet des Abschlusses, der Änderung und der Aufhebung der Mietverträge verliehen sind. Aber gerade dadurch hat die Wohnungsmiete, die vordem ein rein privatrechtliches Gebilde war, den hybriden Charakter einer halb verwaltungsrechtlichen Institution angenommen. Und wenn wir jetzt die wich-

[1]) Das Reichsgesetz vom 11. 5. 1920 stellt sich dar als eine gesetzliche Bestätigung und Abänderung der zuvor ergangenen Wohnungsmangelverordnung vom 23. 9. 1918 und der Mieterschutzverordnungen vom 26. 7. 1917. 23. 9. 1918 und 22. 6. 1919. Abgeändert worden ist es seinerseits wieder durch die Gesetze vom 11. 7. 1921, 20. 3. 1922, 28. 6. 1922 und 26. 3. 1923.

Während der Drucklegung dieses Grundrisses ist der vorstehende Normenkomplex ersetzt worden durch das Reichsgesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. 6. 1923, das am 1. 10. 1923 in Kraft tritt.

tigsten mietrechtlichen Bestimmungen des BGB. kurz zusammenstellen, so geschieht es für die Grundstücksmiete mit dem Vorbehalt, daß sich aus jener Sondergesetzgebung nichts Abweichendes ergibt.

2. Abgesehen von der auf länger als ein Jahr eingegangenen Grundstücks- und Wohnungsmiete, für die schriftlicher Vertragsschluß vorgesehen ist (§§ 566, 580), besteht für Mietkontrakte nach BGB. keinerlei Formzwang.

Die Dauer des Mietverhältnisses bestimmt sich nach der getroffenen Vereinbarung; ist nichts vereinbart worden, so endet es durch Kündigung. Die Länge der Kündigungsfrist bemißt sich wiederum in erster Linie nach den Abmachungen der Parteien; wo solche fehlen, sorgt § 565 für die entsprechende dispositive Regelung (vgl. dazu die §§ 567, 569, 570). Jedes durch Eintritt des Endtermins oder durch Kündigung erloschene Mietverhältnis kann möglicherweise eine Fortsetzung im Wege der tacita relocatio nach Maßgabe des § 568 finden.

Eine große Zahl von Sonderrechtssätzen betrifft den Pflichtenkreis der Parteien. In der Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung liegt einbeschlossen, daß er die Mietsache nicht nur in gebrauchsfähigem Zustand zu übergeben, sondern auch während der ganzen Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten hat; und daraus wiederum folgt die Reparaturpflicht des Vermieters, seine Lastentragungspflicht und seine vom Gesetz des näheren begrenzte Verpflichtung, etwaige Verwendungen des Mieters auf die Sache zu ersetzen (§§ 536, 538 Abs. 2, 546, 547, 558 Abs. 1). Tauglichkeits- oder sonst vertragswidrige Mängel der Sache führen, auch wenn sie schon bei Vertragsschluß vorhanden und nicht behebbar sind, trotz § 306 nicht zur Nichtigkeit des Mietvertrags; aber sie lösen, ebenso wie Gebrauchsstörungen, die von einem beim Vermieter vorhandenen Rechtsmangel herrühren, für die Dauer ihres Vorliegens Minderung oder gar Aufhebung der Mietzinszahlungspflicht, eventuell sogar Schadensersatzansprüche des Mieters aus (§§ 537, 538 Abs. 1, 541). Und während nach den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts der Gläubiger von einem gegenseitigen Vertrag nur bei schuldhafter Nichterfüllung des Schuldners zurücktreten kann, ist dem Mieter ohne weiteres das Recht zu fristloser Kündigung eingeräumt, wenn ihm „der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teile nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird“ und er an einer Abhilfe durch den Vermieter entweder kein Interesse hat oder solche trotz Aufforderung nicht beschafft wird (§ 542). Arglistiges Verschweigen nimmt, wie dem Verkäufer, so auch dem Vermieter das Recht, sich auf abweichende, ihm günstige Parteiabreden zu berufen, und wie der Käufer, so verliert auch der Mieter seine Mängelansprüche durch wissentliches, eventuell schon durch grobfahrlässiges Mieten bzw. Entgegennehmen der fehlerhaften Sache (§§ 539, 540, 543 Abs. 1). Nur das fristlose Kündigungsrecht wegen gesundheitsgefährlicher Wohnungsmängel bleibt von Mängelkenntnis des Mieters, ja sogar von Kündigungsverzicht unberührt (§ 544).

Den Mieter trifft außer der Zinszahlungspflicht die Verpflichtung zur sorgfältigen Behandlung der Sache während der Mietzeit, zu ihrer Rückgabe an den Vermieter nach Ablauf der Mietzeit und zu seiner rechtzeitigen Benachrichtigung von ihrer Reparatur- und Schutzbedürftigkeit (§§ 545 Abs. 1; 556 Abs. 1). Der Mietzins ist postnumerando an den in § 551 fixierten Fälligkeitsterminen zu entrichten. Daß durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache vom Mieter nicht zu vertreten sind (§ 548), versteht sich nach der Zweckbestimmung der Miete von selbst. Verletzt der Mieter die ihm vom Gesetz auferlegten Pflichten, so sind dem Vermieter, neben den allgemeinen dem Gläubiger aus der schuldnerischen Nichterfüllung erwachsenden Befugnissen noch einige besondere Rechtsbehelfe verliehen: er kann gegenüber fortgesetztem vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache auf Unterlassung klagen bzw. zur fristlosen Kündigung schreiten; und ebenso kann er fristlos kündigen, „wenn

der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teiles des Mietzinses im Verzug ist" (§§ 550, 553, 554). Und bei der Grundstücks- und Wohnungsmiete ist der Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis durch ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters gesichert (§§ 559—563). Dem Verkehrsbedürfnis entspricht die kurze Verjährungsfrist, die § 558 für die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Deterioration der Mietsache vorsieht. Die Regelung der Aftermiete in § 549 ist für Grundstücke und Wohnungen gegenwärtig durch die Sondergesetzgebung überholt; für Mobilien aber bewendet es auch heute noch bei dem Rechtssatz, daß „der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt ist, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen", bei grundlos verweigerter Erlaubnis aber unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen darf. Mag der Dritte den Gebrauch der Sache vom Mieter befugter- oder unbefugterweise überlassen bekommen haben, stets hat trotz fehlender Vertragsbeziehungen der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit einen Herausgabeanspruch gegen ihn, so daß der Vermieter unmittelbar gegen den Dritten selbst dann vorgehen kann, wenn ihm eine dingliche Klage nicht zur Seite steht (§ 556 Abs. 3).

3. Soweit das BGB. nichts Abweichendes bestimmt, sollen seine von der Miete handelnden Rechtssätze auch auf die Pacht angewendet werden (§ 581 Abs. 2). Letztere unterscheidet sich von der Miete einmal durch den umfassenderen Kreis der für sie in Betracht kommenden Gegenstände: sie ist nicht nur an Sachen, sondern auch an Rechten möglich. Und sie unterscheidet sich von ihr sodann und vor allem in inhaltlicher Hinsicht: der Pächter darf den Pachtgegenstand nicht nur gebrauchen, sondern er darf auch dessen Früchte ziehen, „soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind" (§ 581 Abs. 1). Durch dieses Fruchtziehungsrecht setzt die Pacht den Gebrauchsberechtigten in eine viel intensivere Beziehung zum Vertragsobjekt, als die Miete und stellt sich selbst in den Dienst ganz anderer wirtschaftlichen Funktionen. Der Verpächter, der zur eigenen Fruchtziehung entweder nicht gewillt oder nicht befähigt ist, sichert sich, unter Beschränkung seines Risikos auf die Fortexistenz des gebrauchsfähigen Objekts, einen festen Zins aus einem bestimmten Vermögensstück; der Pächter übernimmt zwar das Risiko der tatsächlichen Fruchtgewinnung, verschafft sich aber dafür die Möglichkeit, durch Anspannung seiner Kräfte den Ertrag des Pachtgegenstands so weit zu steigern, daß er auch nach Abzug des zu zahlenden Entgelts einen namhaften Verdienst abwirft[1]). Während Mietverhältnisse auch für Stunden, Tage und Wochen und sogar für noch kürzere Zeiträume vorkommen, liegt es in dem hier skizzierten Wesen der Pacht, daß sie regelmäßig nur auf längere Sicht eingegangen wird. Dem entspricht auch die andersartige Normierung der Kündigungsfrist in § 595 und der Ausschluß einzelner dem Mietverhältnis innewohnenden außerordentlichen Kündigungsbefugnisse in § 596.

Ihrer Natur nach spielt die Pacht bei Mobilien nur eine geringe Rolle. Häufig ist die Rechtspacht (Jagdpacht, Fischereipacht). Sein Hauptanwendungsgebiet aber hat der Pachtvertrag bei Grundstücken, insbesondere bei ländlichen Grundstücken. Die jetzt zu erwähnenden pachtrechtlichen Sonderrechtssätze des BGB. handeln ausschließlich von der Immobiliarpacht. Hier hat einmal die Verpachtung des Grundstücks samt Inventar eine nähere Regelung erfahren, wobei das Gesetz die Mitverpachtung des Inventars sine und cum taxatione unterscheidet. In beiden Fällen bleibt der Verpächter Eigentümer des (mit einem gesetzlichen Pfandrecht des Pächters belasteten) Inventars. Dort aber liegt dem Pächter lediglich die Er-

[1]) Eine Beteiligung des Verpächters am Pächterrisiko stellt die Teilpacht (colonia partiaria) dar, bei der der Pachtzins in einer, sei es in natura, sei es in Geldwert zu entrichtenden Quote der gewonnenen Früchte besteht.

haltung der einzelnen Inventarstücke ob, während der Verpächter verpflichtet ist, die durch Zufall in Abgang gekommenen Sachen, mit Ausnahme der durch das Jungvieh zu ersetzenden Tiere, zu ergänzen. Ist hingegen das Inventar zum Schätzungswert übernommen und abredegemäß bei Pachtbeendigung zum Schätzungswert zurückzugeben, so kann der Pächter innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft über die einzelnen Stücke verfügen, hat andererseits die Gefahr ihres zufälligen Untergangs und ihrer zufälligen Verschlechterung zu tragen, bleibt demgemäß hinsichtlich ihrer ergänzungspflichtig und seine Neuanschaffungen werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters und fallen nur dann später in das Eigentum des Pächters, wenn bei Pachtende der Verpächter die Anschaffung als wirtschaftswidrig ablehnt. Der infolge der gegenwärtigen Preisschwankungen heikelste und umstrittenste Punkt von der Inventarpacht cum taxatione ist die Bestimmung, daß wenn bei Ablauf des Pachtverhältnisses der Gesamtschätzungswert der vom Pächter übernommenen Inventarstücke höher oder niedriger als der Gesamtschätzungswert der zurückzugewährenden Stücke ist, die Differenz je nachdem vom Pächter oder Verpächter in Geld auszugleichen ist (§§ 586—590). Gelten diese Sätze für die Immobiliarpacht schlechthin, so betreffen andere nur die Pacht von landwirtschaftlichen Grundstücken: sie handeln von der Sorgfaltspflicht des Pächters; von seiner Reparaturpflicht in Ansehung des Grundstücks und der Grundstücksbestandteile; von den Grenzen der dem Pächter an sich zustehenden Befugnis, Änderungen am Grundstück vorzunehmen; von der Fälligkeit des Pachtzinses; vom Umfang des Verpächterpfandrechts und von der Verteilung der Fruchtgewinnungskosten bei der Beendigung der Pacht inmitten des Pachtjahres (§§ 582—586, 591, 592). Endlich finden sich im BGB. noch Spezialbestimmungen für die Pacht eines ganzen Landgutes (§§ 593, 594).

Wie die Wohnungsmiete, so hat auch die Grundstückspacht infolge der durch Krieg und Revolution veränderten Wirtschaftslage für die Rechtsordnung neue, wenn auch andere und die Interessen der Volksgesamtheit nicht in gleicher Tiefe bewegende Probleme entstehen lassen. Entsprechend den Mieteinigungsämtern sind hier Pachteinigungsämter ins Leben gerufen worden mit weitreichenden Kompetenzen zu Eingriffen in schwebende Pachtverträge. Die Einzelheiten können hier nicht verfolgt werden. Die reichsrechtliche Quelle dieses Sonderrechts ist gegenwärtig die „Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung“ vom 31. 7. 1919 und die für landwirtschaftliche Grundstücke maßgebende „Pachtschutzordnung“ vom 9. 6. 1920, welches letztere Gesetz am 30. 5. 1922 außer Kraft treten sollte, aber durch Gesetz vom 29. 6. 1922 eine zeitliche Verlängerung bis zum 30. 9. 1924 und überdies nicht unwesentliche inhaltliche Abänderungen erfahren hat. Der Schwerpunkt der Regelung liegt auch hier in den landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen[1]).

§ 42. Sonstige Verträge auf Gebrauchsüberlassung.

1. Die Leihe. Sie ist unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache, sei es einer beweglichen, sei es einer unbeweglichen (§ 598). Die dem Entleiher zustehenden Gebrauchsrechte ähneln denjenigen des Mieters; andererseits erfüllt die Leihe zufolge ihrer Unentgeltlichkeit die Begriffsmerkmale der Schenkung. Indem aber die in bloßer Gebrauchsüberlassung bestehende unentgeltliche Zuwendung entsprechend der bisherigen Entwicklung vom Gesetz als selbständiges Rechtsinstitut behandelt und mit den ihre Eigenart erschöpfenden Rechtssätzen ausgestattet worden ist, ist die Leihe dem Normenkomplex der Schenkung entrückt. Insbesondere gelten für das Versprechen künftiger Leihe (pactum de commodando)

[1]) Für Preußen ist maßgebend die Pachtschutzordnung vom 3. 7. 1920 mit den sie abändernden Verordnungen vom 25. 1. 1921 und 23. 7. 1921. Vgl. auch die Geschäftsordnung für die Pachteinigungsämter vom 17. 8. 1921 (JMBl. 445).

nicht die für das Schenkungsversprechen erlassenen Formvorschriften. Es liegt in der Natur der Dinge, daß man nur selten seine Sachen einem unbekannten Publikum zum unentgeltlichen Gebrauch hingibt: die Leihe trägt einen familiären Charakter; sie spielt im großen Rechtsverkehr keine erhebliche Rolle, sondern zählt zu den „Nichtverkehrsgeschäften."

Mit dem schenkungsrechtlichen Gehalt der Leihe hängt es zusammen, daß der Verleiher nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten und bei Sach- und Rechtsmängeln nur den aus ihrem arglistigen Verschweigen entstandenen Schaden zu ersetzen hat (§§ 599, 600). Auch die von der Miete abweichende Regelung, die § 601 hinsichtlich der Erhaltungskosten und des Impensenersatzes trifft, gehört hierher. Hingegen entspricht es der Ähnlichkeit der Leihe mit der Miete, daß der Entleiher regelmäßig unmittelbarer Besitzer der geliehenen Sache wird, während der Verleiher den mittelbaren Besitz behält; daß jener nur zum vertragsmäßigen Gebrauch der Sache befugt ist, aber für die durch ihn herbeigeführten Veränderungen auch keine Verantwortung trägt; daß er zur Gebrauchsüberlassung an Dritte nicht berechtigt ist; daß er die Sache bei Beendigung der Leihe dem Verleiher zurückzugeben hat und daß letzterer diesen Restitutionsanspruch aus dem Leihvertrag auch gegen dritte Personen geltend machen kann, an die der Entleiher, sei es mit, sei es ohne Erlaubnis des Verleihers, die Sache weiter verliehen oder vermietet hat (§§ 602, 603, 604 Abs. 1 und 4, 868). Mit dem Mietrecht stimmen ferner die kurzen Verjährungsfristen des § 606 überein.

Die Dauer der Leihe bemißt sich nach der vereinbarten Zeit bzw. nach dem vereinbarten Gebrauchszweck. Wenn der Vertragsinhalt nichts Gegenteiliges erkennen läßt, kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern. Und auch da, wo eine längere Dauer der Leihe verabredet ist, ist der Verleiher bei unvorhergesehenem eigenen Bedarf, bei vertragswidrigem Gebrauch seitens des Entleihers und bei dessen Tode zur „Kündigung" des Verhältnisses, d. h. wieder zum Verlangen sofortiger Rückgabe berechtigt (§§ 604, Abs. 2 und 3, 605).

2. Der Verwahrungsvertrag. Sein spezifischer Inhalt besteht in der Verpflichtung des Verwahrers, eine ihm vom Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren (§ 688). Eine Gebrauchsüberlassung liegt darin insofern, als der Verwahrer den für die Aufbewahrung nötigen Raum den Interessen des Hinterlegers dienstbar macht. Von den sonstigen Fällen der Gebrauchsüberlassung unterscheidet sich dieser aber dadurch, daß die überlassene Sache, nämlich der Raum, im Herrschaftsbereich des Überlassenden bleibt, wohingegen die Sache, die den Herrschaftsbereich wechselt, also das aufzubewahrende Objekt, vom Verwahrer trotz des unmittelbaren Besitzes, den er an ihr erlangt, nicht zu eigenem Vorteil gebraucht werden soll. Und eine weitere Besonderheit des Verwahrungsvertrages ist es, daß sich mit der Raumüberlassung eine gewisse, wenn auch noch so bescheidene Tätigkeitspflicht verbindet, der vielleicht schon mit der sorgfältigen Überwachung der hinterlegten Sache genügt wird, die sich aber bei Wertpapieren beispielsweise auch auf die Abtrennung der Zins- oder Gewinnanteilscheine, auf die Kontrolle der Auslosung und die Ausübung von Bezugsrechten erstrecken kann. Es steht also der Verwahrungsvertrag etwa in der Mitte zwischen den auf Gebrauchsüberlassung und den auf Arbeitsleistung gerichteten Verträgen. Er kann entgeltlich und unentgeltlich eingegangen werden. Im ersteren Falle hat der Verwahrer für omnis diligentia, im letzteren Falle nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§§ 689, 690).

Eine detaillierte Regelung hat der Verwahrungsvertrag in verkehrswichtigen Spezialfällen durch Sonderrecht erfahren (Lagergeschäft in HGB. §§ 416ff.; Reichsgesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896). Die allgemeine Normierung des BGB. beschränkt sich auf wenige Rechtssätze. Sie betreffen vor allem die Frage nach der Fälligkeit der Vergütung,

nach der Zulässigkeit der Unterverwahrung und der Abweichung von vereinbarten Verwahrungsmodalitäten; nach dem Anspruch des Verwahrers auf Ersatz von Schäden und Aufwendungen und nach der Dauer des Vertragsverhältnisses. Was den letzteren Punkt angeht, so entspricht es der Interessenlage, daß der Hinterleger, auch bei vereinbarter längerer Vertragsdauer, die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern darf, während der Verwahrer die jederzeitige Rücknahme nur mangels vereinbarter Vertragsdauer verlangen kann, er müßte denn einen wichtigen Grund für die Nichtaushaltung des Vertrags haben (§§ 691—699).

Wenn vertretbare Sachen, insbesondere also Gelder, hinterlegt werden, so können die Parteien sie, statt sie während der Dauer der Aufbewahrung brachliegen zu lassen, dadurch in den Dienst der Volkswirtschaft stellen, daß sie auf den Verwahrer das Eigentum und damit das Verfügungsrecht übergehen lassen und dieser verpflichtet wird, später „Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren". Man spricht dann von einem depositum irregulare. Solcher unregelmäßige Verwahrungsvertrag, bei dem der Hinterleger die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache mit der der Insolvenz des Verwahrers vertauscht, kommt dem Darlehn nahe, von dem es sich wirtschaftlich dadurch unterscheidet, daß dort der Empfänger der Valuta, hier hingegen der Hinterlegende der in erster Linie am Geschäft interessierte Teil ist. Gemäß der Mischnatur des irregulären Depositum greifen nach § 700 Abs. 1 die Rechtssätze vom Darlehn ein, korrigiert durch wichtige Vorschriften vom Verwahrungsvertrag. Der Hauptanwendungsfall des Hinterlegungsdarlehns ist das Bankdepositengeschäft. Ob ein über Fungibilien abgegeschlossener Verwahrungsvertrag regulären oder irregulären Charakter hat, ist Auslegungsfrage; nur bei Wertpapieren bestimmt § 700 Abs. 2 zur Verhütung von Mißbräuchen, daß das depositum irregulare „ausdrücklich", d. h. zweifelsfrei vereinbart sein muß.

3. Die Einbringung bei Gastwirten. Die Sachen, die der Fremde in den ihn beherbergenden Gasthof mitbringt, bleiben, sofern sie nicht besonders zur Aufbewahrung übergeben werden, im eigenen unmittelbaren Besitz des Reisenden. Immerhin erwächst dem Gastwirt aus der besonderen Art des Mietvertrags, den er mit dem Gaste abschließt, hinsichtlich dieser eingebrachten Sachen ein gewisses Maß von Bewachungspflicht, deren schuldhafte Verletzung den Reisenden zu Schadensersatzforderungen berechtigen würde. Wie schon das römische Recht, geht aber das Gesetz über diese Konsequenz weit hinaus. Von der Erwägung geleitet, daß das auf engen Raum sich konzentrierende und doch nur schwer übersehbare Zusammenleben einander unbekannter Personen besondere Betriebsgefahren mit sich bringe, die billigerweise demjenigen aufzuerlegen seien, der den Gewinn aus dem Betrieb ziehe, bestimmt es in § 701 Abs. 1 S. 1 schlechthin, daß „ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, einem im Betrieb dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen hat, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet". Es haftet also der Gastwirt auch ohne sein oder seiner Leute Verschulden. Nur dann ist er von der Haftung frei, wenn der Gast es unterlassen hat, unverzüglich nach erlangter Kenntnis vom Schadensfall dem Wirte Anzeige zu erstatten oder wenn der Schaden vom Gaste selbst oder einem seiner Leute oder durch die Beschaffenheit der Sache oder durch höhere Gewalt[1]) verursacht worden ist (§§ 701 Abs. 1 S. 2; 703). Außerdem ist für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten eine ziffernmäßige Begrenzung der Haftung vorgesehen (§ 702). Und selbstverständlich kann durch Parteivereinbarung die Zufallshaftung des Gastwirts in noch stärkerem Umfang ausgeschlossen oder eingeschränkt werden — nur genügt dazu der beliebte „Zimmeranschlag" nicht (§ 701 Abs. 3). Als wertvolles Äquivalent für seine strenge Haftung steht dem

[1]) Über diesen Begriff oben S. 56f.

Gastwirt das gesetzliche Vermieterpfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes zu zwecks Sicherung aller Forderungen „für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluß der Auslagen“ (§ 704).

4. Möglich ist, daß sich jemand einem anderen gegenüber zur Gebrauchsüberlassung nur in ihrem denkbar schwächsten Grade, nämlich lediglich zum Zwecke der Besichtigung einer Sache verpflichtet. Man könnte dann von einem Vorlegungs- oder Besichtigungsvertrag reden. Das Gesetz hat dieses Schuldverhältnis als kontraktliches nicht besonders geregelt. Wohl aber hat es die Voraussetzungen normiert, unter denen jemand ohne entsprechende Vereinbarung, also unmittelbar kraft Gesetzes die Vorlegung und Besichtigung einer Sache, insbesondere auch einer Urkunde verlangen kann (§§ 809—811).

§ 43. Der Werkvertrag.

1. Im Werkvertrag, der römischen locatio-conductio operis, verspricht der eine Teil, der Unternehmer, die Erzielung eines Arbeitsergebnisses, der andere Teil, der Besteller, die Entrichtung einer nicht begriffsnotwendig, aber regelmäßig in Geld bestehenden Vergütung. Der vom Unternehmer herbeizuführende, vom Gesetzbuch als „Werk“ bezeichnete Arbeitserfolg kann in technischer oder künstlerischer Umbildung von Material, also in der Schaffung einer nova res (Hausbau, Maschinenbau, Anfertigung von Kleidungsstücken, Herstellung eines Gemäldes), in der Reparatur von Sachen, im Transport von Personen oder Gütern, kurz in jedem denkbaren Arbeitseffekt bestehen (§ 631). Immer aber muß es sich um ein Arbeitsresultat und darf es sich nicht um das Arbeiten als solches handeln, im Gegensatz zum Dienstvertrag, von dem wir sehen werden, daß bei ihm gerade die Tätigkeit als solche, also statt eines „Werkes“ ein „Wirken“ Obligationsinhalt ist. Der Versuch des Gesetzes, in § 675 zwischen Werkverträgen, die auf eine Geschäftsbesorgung, und solchen, die auf ein anderes Arbeitsprodukt gerichtet sind, zu unterscheiden und nur auf erstere eine gewisse Gruppe von Rechtssätzen für anwendbar zu erklären, muß als unglücklich bezeichnet werden, weil Werkverträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hätten, nicht vorkommen dürften. Dadurch, daß der Werkvertrag den Unternehmer zu einer „Herstellung“ und nicht zu einer „Rechtsverschaffung“ verpflichtet, unterscheidet er sich auch in den Fällen vom Kaufvertrag, wo seine Abwicklung eine „Übergabe“ des Werkes an den Besteller verlangt. Nur da, wo der Unternehmer aus eigenem Stoffe zu produzieren hat und infolgedessen der Herstellung eine Eigentumsübertragung folgen muß, liegt das kauf- und werkrechtliche Mischgebilde des sogenannten Werklieferungsvertrages vor, über dessen rechtliche Behandlung schon früher gesprochen worden ist[1]). Überall, wo die Natur des hergestellten Werkes seine „Übergabe“ an den Besteller fordert, trifft letzteren nach § 640 Abs. 1 eine „Abnahmepflicht“, die den gleichen Grundsätzen untersteht, die wir bei der Abnahmepflicht des Käufers kennengelernt haben[2]).

2. Für die Nichterfüllung der dem Unternehmer obliegenden Pflichten gelten Sonderregeln einmal da, wo sich die Herstellung des Werkes als mangelhaft erweist in dem Sinne, in dem in der Lehre vom Kaufvertrag von einer mangelhaften Sache die Rede war. Der Verschiedenheit von Werkvertrag und Kaufvertrag, derzufolge der Verkäufer in der Regel Zwischenhändler für fremde Produkte ist, während beim Werkvertrag vom Produzenten selbst geliefert wird, entspricht es, daß die werkrechtliche Mängelhaftung mit der kaufrechtlichen nicht identisch ist. zwar hat auch der Besteller wie der Käufer den Wandlungs- und Minderungsanspruch, aber nicht primär, sondern erst hinter dem dem Käufer grundsätzlich

[1]) Oben S. 92.
[2]) Oben S. 87.

versagten Mängelbeseitigungsanspruch. Das bedeutet praktisch, daß der Besteller erst dann wandeln und mindern kann, wenn eine von ihm dem Unternehmer zur Mängelbeseitigung gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist, es müßte denn sein, daß die Beseitigung des Mangels unmöglich wäre oder von dem Unternehmer verweigert würde oder daß die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wäre. Daß der Besteller bei verschuldetem Mangel statt Wandlung bzw. Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, ist im Gesetz besonders betont, versteht sich aber nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, und hervorzuheben ist hier nur die kurze Verjährungsfrist, der dieser Ersatzanspruch mitsamt den übrigen Mängelansprüchen nach kaufrechtlichem Vorbild unterworfen ist. Da, wo die Nichterfüllung der Unternehmerpflichten nicht in mangelhafter, sondern in nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes besteht, hat das dem Gläubiger erwachsende Rücktrittsrecht eine von den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts abweichende Gestaltung insofern erfahren, als es nicht von einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand abhängig gemacht worden ist (§§ 633—639, 646).

3. Die vom Besteller zu zahlende Vergütung ist bei der Abnahme bzw. bei der Vollendung des Werkes zu entrichten (§§ 641, 646). Die allgemeinen Rechtsfolgen des Annahmeverzugs sind beim Werkvertrag dahin ergänzt, daß wenn der Besteller durch Nichtvornahme der ihm nach dem Vertragsinhalt obliegenden Mitwirkungshandlung (Anprobieren des Anzugs, Lieferung von Material, Maßen, Plänen usw.) in mora accipiendi verfällt, er dem Unternehmer eine „angemessene Entschädigung“ zu zahlen hat (§ 642). Letztere dient als Ersatz für den Zeitverlust und die Mehrkosten, die dem Unternehmer daraus erwachsen, daß er sich dem Besteller länger, als vorauszusehen war, leistungsbereit halten muß. Überdies vermag sich der Unternehmer aus dem lästigen Wartezustand, in den ihn die Passivität des Bestellers versetzt, dadurch zu befreien, daß er diesem zur Nachholung der Mitwirkungshandlung eine mit Eventualkündigung verbundene angemessene Frist setzt, nach deren fruchtlosem Ablauf der Vertrag als aufgehoben gilt. Natürlich kann solchenfalls der Unternehmer weder die vereinbarte Vergütung noch die oben erwähnte Entschädigung, wohl aber „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen“ verlangen (§§ 643, 645 Abs. 1 S. 2). Das beim Werkvertrag nicht einfache Problem der Gefahrtragung ist vom Gesetz in der Weise gelöst, daß mit der Abnahme, oder wo solche nicht in Frage kommt, mit der Vollendung des Werkes die Gefahr vom Unternehmer auf den Besteller übergeht. Der Abnahme steht hinsichtlich dieser Wirkung der Annahmeverzug des Bestellers und beim Distanzgeschäft die Übergabe an die Transportanstalt gleich (§ 644). Die Gefahrtragung des Unternehmers besagt, daß letzterer den Anspruch auf das Entgelt verliert, wenn während ihrer Dauer infolge eines Zufalls die Herstellung des Werkes unmöglich wird oder das hergestellte Werk untergeht, und sie besagt ferner, daß vertragswidrige Mängel, die aus dieser Zeit stammen, unter die Mängelgewähr fallen. Es führt also beim Werkvertrag — im Gegensatz, wie wir sehen werden, zum Dienstvertrag — die Gefahrtragung dahin, daß bei ausgebliebenem Erfolg der Arbeitspflichtige umsonst gearbeitet hat. Nicht aber liegt es — und das Gesetz hebt dies in § 644 Abs. 1 S. 3 ausdrücklich hervor — in der Gefahrtragung einbeschlossen, daß der Unternehmer für den vom Besteller gelieferten und durch Zufall untergegangenen Stoff Ersatz leisten muß. Eine Teilung der Gefahrtragung läßt das Gesetz in billigenswerter Weise eintreten, wenn „das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist“: alsdann kann der Unternehmer, soweit er nicht wegen Verschuldens des Bestellers weitergehende Ansprüche aus § 324 hat, wieder „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht in-

begriffenen Auslagen" verlangen (§ 645). Alle werkvertraglichen Forderungen des Unternehmers sind gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht „an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind" (§ 647). Bei Bauwerken wird der analoge Schutz, der hier besonders dringend, aber durch die auf den Realkredit zu nehmende Rücksicht erschwert ist, gewährt durch das Recht des Unternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers (§ 648) und durch die freilich nur zum Teile wirksamen Detailvorschriften des Reichsgesetzes über die Sicherung von Bauforderungen vom 1. 6. 1909.

4. Eine letzte Besonderheit des Werkvertrags betrifft einen ihm eigentümlichen Beendigungsgrund. Es kann nämlich der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Doch hat solche an keinerlei Schranken gebundene Kündigung nur eine beschränkte vertragsauflösende Kraft: sie befreit den Unternehmer von der Herstellungspflicht, aber nicht den Besteller von der Verpflichtung, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Gegenüber dieser dem Besteller lediglich ungünstigen Wirkung besteht der Wert des Kündigungsrechtes für ihn darin, daß sich der Unternehmer auf die Vergütung anrechnen lassen muß, „was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt" (§ 649). Dadurch kommt ohne Benachteiligung des Unternehmers der Besteller, den seine Bestellung gereut, billiger davon, als wenn er den Vertrag aushalten und für ein von ihm nicht mehr benötigtes Werk das volle Entgelt zahlen müßte. Noch größer ist nach § 650 seine Entlastung, wenn der Grund, aus dem er kündigt, die Unrichtigkeit eines vom Unternehmer nicht garantierten Kostenanschlags ist.

§ 44. Der Dienstvertrag.

1. Im Dienstvertrag wird Arbeit gegen Entgelt versprochen (§ 611). Vom Werkvertrag unterscheidet sich der Dienstvertrag, wie bereits gesagt wurde, dadurch, daß Gegenstand des ersteren ein Arbeitsresultat ist, während kraft des letzteren die Tätigkeit als solche geschuldet wird. Darum Dienstvertrag und nicht Werkvertrag, wo es sich für den Arbeitgeber überhaupt nicht um einen einzelnen bestimmten Erfolg handelt, sondern ein ganzer, oft sehr verschiedenartiger Tätigkeitskomplex in Frage steht, wie z. B. beim Vertrag mit dem Fabrikarbeiter, dem Handlungsgehilfen, dem Hausangestellten, dem Hausarzt, dem Vermögensverwalter, dem Hausverwalter. Ferner Dienstvertrag und nicht Werkvertrag da, wo der Vertragszweck zwar auf einen bestimmten Erfolg abzielt, seine Erreichung aber außerhalb der Macht desjenigen liegt, der die Arbeitsleistung übernimmt, so daß dieser nicht den Erfolg, sondern nur die Bemühung, ihn zu erreichen, versprechen kann: hierher gehört der Lehrherr, der sich zur Ausbildung des Lehrlings; der Hauslehrer, der sich zur Vorbereitung der Zöglinge auf das Abiturientenexamen; der Rechtsanwalt, der sich zur Führung eines Prozesses; aber nach richtiger Ansicht auch der Arzt, der sich zu einer Operation verpflichtet. Und endlich da nicht Werkvertrag, sondern Dienstvertrag, wo der Auftraggeber wiederum einen bestimmten Arbeitserfolg im Auge hat, dieser auch aus eigener Kraft des Auftragnehmers erreichbar ist und darum zugesichert werden könnte, wo aber nach dem Willen der Parteien die Arbeitsleistung sich unter den Augen und damit unter der Mitverantwortung des Arbeitsherrn vollziehen soll und dieser sich deshalb mit dem Versprechen der bloßen Tätigkeit begnügt: man denke an die Wasch- oder Putzfrau, die zur Erledigung der Wäsche oder des Hausputzes in die Wohnung der Herrschaft kommt. Und weil hier überall nur ein Wirken und kein Werk geschuldet wird, trägt zum Unterschied vom Werkvertrag der Auftraggeber die Gefahr insofern, als er vertragsmäßig geleistete

Arbeit grundsätzlich auch dann vergüten muß, wenn der mit ihr bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist.

Wie beim Werkvertrag, so unterscheidet das Gesetz auch beim Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung gerichtete und nicht auf solche gerichtete Dienstverhältnisse und schreibt nur für erstere die entsprechende Anwendung der in § 675 aufgezählten Rechtssätze vor. Die Unterscheidung ist, weil praktisch undurchführbar, hier so unglücklich wie dort. Weit fruchtbarer erweist sich eine andere, im BGB. nicht zum Ausdruck gekommene Einteilung. Es lassen sich nämlich unter den Dienstverträgen solche unterscheiden, wo freie und solche, wo abhängige Arbeit geleistet wird. Zu den ersteren zählt der Vertrag mit dem Arzte, dem Anwalt, dem Hauslehrer; zu den letzteren der des Lohnarbeiters, des Lohnangestellten, des Hausgehilfen. Die Abhängigkeit bei der zweiten Gruppe besteht darin, daß hier der Arbeitnehmer durch den Vertragsschluß in den von einem anderen geleiteten Organismus eintritt und sich damit fremdem Direktionsrecht unterwirft, daß also auf Grund einer Anstellung eine Art privatrechtlichen Subordinationsverhältnisses ins Leben gerufen wird. Dieser Vertragstypus bildet heutzutage, im Gegensatz zu früheren Zeiten, für die Mehrzahl der Menschen die Grundlage ihrer Existenz. Schon insofern rückt er in den Mittelpunkt des gesetzgeberischen Interesses. Seine Bedeutung als soziales Problem wird noch dadurch gesteigert, daß mit der rechtlichen Abhängigkeit wirtschaftliche Schwäche und Schutzbedürftigkeit zwar nicht notwendigerweise verbunden zu sein braucht, tatsächlich aber in weitem Umfang verbunden ist. So beschäftigt sich denn gegenwärtig eine Fülle von Rechtsnormen, entstammend einer kaum mehr übersehbaren Zahl von Gesetzen und Verordnungen, mit den einzelnen Erscheinungsformen dieser Anstellungsverhältnisse; zum Teile haben sich letztere in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen ganz neue Rechtsquellen geschaffen. Die Summe dieser Rechtssätze, die teils dem privaten, teils dem öffentlichen Rechte angehören, bildet unter dem Namen „Arbeitsrecht“ oder „Sozialrecht“ nachgerade eine eigene wissenschaftliche Disziplin, deren Fragen und gesetzgeberische Aufgaben denn auch im Rahmen dieses Sammelwerkes in einer besonderen Abhandlung erörtert werden sollen. An dieser Stelle handelt es sich nur darum, die spärlichen Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag kurz zu skizzieren.

2. Daß der zur Dienstleistung Verpflichtete, wie § 613 S. 1 sagt, die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat, entspricht der Natur des hier vorliegenden Schuldverhältnisses. Hingegen ist gegenüber der Vorschrift des Satzes 2, daß der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar sei, erhebliche Vorsicht am Platze. Denn überall, wo die Dienste in einem „Unternehmen“ zu leisten sind, erscheinen sie durch dessen Natur derartig objektiviert, daß man sich umgekehrt im Zweifel für die Übertragbarkeit und Vererblichkeit wird entscheiden müssen.

Der Arbeitnehmer ist vorleistungspflichtig: er kann also die Vergütung erst nach erbrachter Arbeit verlangen. Bei Dienstverhältnissen von längerer Dauer richtet sich die Fälligkeit der Vergütung nach den lohnmessenden Zeitabschnitten (§ 614). Natürlich können die Parteien auch Vorauszahlung des Entgelts vereinbaren. Dadurch wird aber nichts an der Gefahrtragung geändert, mit der nach § 323 der Arbeitnehmer insofern belastet ist, als er für die Zeit, wo er nicht arbeiten kann, den Lohnanspruch verliert. Von dieser Gefahrtragung macht § 616 nur bei unverschuldeten Hindernissen (insbesondere also Krankheiten) von verhältnismäßig kurzer Dauer eine Ausnahme aus sozialen Gründen[1]). Stets aber muß es sich bei der den Arbeitnehmer treffenden Gefahrtragung um Unmöglichkeit der Leistung in dem technischen Sinne des Gesetzes handeln. Hat die Arbeitsverhinderung ihre

[1]) Vgl. auch die noch weiter gehenden §§ 63 HGB., 133c Abs. 2 GewO. — Die dem Arbeitgeber in § 617 auferlegte Verpflichtung, dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer im Falle der Erkrankung Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren, ist angesichts der heutigen Krankenversicherung nur von geringer praktischen Bedeutung.

Ursache in einer nach dem Vertragsinhalt vom Arbeitgeber zu erwartenden Mitwirkungshandlung, so liegt auf dessen Seite Annahmeverzug vor, von dem § 615 ausdrücklich betont, daß er dem Schuldner der Dienste die Lohnforderung belasse, und zwar ohne ihn zur Nachleistung zu verpflichten. Freilich ist die Grenze von Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug gerade beim Arbeitsvertrag nicht immer leicht zu ziehen (man denke an den Untergang der Arbeitsstätte durch Feuersbrunst; an die Arbeitswilligen, die infolge Teilstreiks nicht arbeiten können)[1]).

Neben der Arbeitsleistungs- und der Lohnzahlungspflicht erzeugt der Dienstvertrag bei sinngemäßer Auslegung auf beiden Seiten gewisse Treupflichten, von denen im BGB. nur einige dem Arbeitgeber zufallende geregelt sind. Dahin gehört einmal die letzterem gegen Ende des Dienstverhältnisses erwachsende Pflicht, dem Arbeitnehmer durch Gewährung der nötigen freien Zeit (§ 629) und durch Ausstellen eines Zeugnisses (§ 630) beim Aufsuchen einer neuen Arbeitsgelegenheit behilflich zu sein. Und des weiteren gehört hierher eine Reihe von Schutzmaßnahmen, die die §§ 618, 619 dem Dienstberechtigten unabdingbar auferlegen, um vom anderen Teile Betriebsgefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit, soweit wie möglich, abzuwenden.

Die Dauer des Dienstverhältnisses richtet sich nach der Parteivereinbarung; nur kann der Arbeitnehmer sich nicht auf längere Zeit als fünf Jahre kontraktlich binden (§§ 620 Abs. 1; 624). Ist dem Dienstvertrag ein festes Ende nicht entnehmbar, so gilt er als auf unbestimmte Zeit eingegangen. Ein solcher Kontrakt ist — soweit nicht neuerdings das anderwärts darzustellende Betriebsrätegesetz Schranken zugunsten des Dienstpflichtigen errichtet hat — von jedem Teile frei kündbar unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen, die für den Geltungsbereich des BGB. in den §§ 621—623 normiert sind. Neben dem ordentlichen befristeten Kündigungsrecht gewährt das Gesetz, den Bedürfnissen Rechnung tragend, die sich aus dem Charakter des Dienstvertrags als eines Dauerschuldverhältnisses ergeben, in § 626 ein außerordentliches, fristloses Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde. Ein solcher wichtiger Grund — das BGB. enthält sich mit recht jeder Definition und auch jeder Exemplifikation — ist da anzunehmen, wo „das Durchhalten des Vertrags bis zu seiner normalen Auflösung Interessen einer Partei verletzen würde, deren Preisgabe der Gegner nach dem Vertragszweck und der Verkehrsanschauung nicht verlangen kann“. Bei gewissen Dienstverhältnissen (es würde beispielsweise das Prozeßmandat des Anwalts hierher zählen) gestattet § 627 die fristlose Kündigung auch ohne wichtigen Grund und verbietet nur die unzeitige Kündigung von seiten des Dienstverpflichteten. Die fristlose Kündigung tangiert möglicherweise den durch Vorleistung bereits erworbenen Lohnanspruch und erzeugt unter Umständen Schadensersatzpflichten desjenigen, der sie durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat (§ 628).

§ 45. Sonstige auf Arbeitsleistung gerichtete Schuldverhältnisse.

1. Der Mäklervertrag. In ihm verspricht der eine Teil dem andern Teile eine Vergütung „für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittlung eines Vertrags“. Solcher Mäklervertrag ist ein contractus sui generis. Er ist kein Werkvertrag, denn der Mäkler verpflichtet sich nicht und kann sich ja auch gar nicht verpflichten, einen Geschäftsabschluß zustande zu bringen. Es ist der Mäklervertrag aber auch kein Dienstvertrag, denn es werden nach der dispositiven, dem durchschnittlichen Parteiwillen entsprechenden Bestimmung des Gesetzes nicht die Bemühungen des Mäklers als solche, sondern nur seine erfolgreichen Bemühungen honoriert: kommt der Vertragsabschluß zwischen seinem Auftraggeber

[1]) Vgl. dazu oben S .64.

und dem vom ihm ausfindig gemachten Dritten nicht zustande oder kommt er nur suspensiv bedingt zustande und fällt die Bedingung aus, so hat der Mäkler auch vom Standpunkt des Verdienstes aus umsonst gearbeitet und muß selbst Aufwendungen, die er gehabt hat und die eben seine Berufsspesen darstellen, aus seiner Tasche bezahlen (§ 652). Streitig ist, ob im Mäklervertrag der Mäkler die Verpflichtung zur Entfaltung einer Tätigkeit übernimmt. Die Frage ist in aller Regel zu verneinen: der Ansporn, nicht müßig zu bleiben, liegt in der Abhängigkeit des Vergütungsanspruches vom Tätigkeitserfolg. Nur ist daran festzuhalten, daß wenn der Mäkler tätig wird, er mit der erforderlichen Diligenz tätig werden muß; er darf beispielsweise seinem Geschäftsherrn nicht vorsätzlich oder fahrlässig einen insolventen oder aus anderem Grunde untauglichen Vertragsgegner zuführen. Und außerdem kann im Mäklervertrag dem Mäkler die Verpflichtung, sich um das Zustandekommen des Geschäfts zu bemühen, besonders auferlegt werden. Übernähme der Mäkler solche Tätigkeitspflicht und bedänge er sich überdies für die Mühewaltung als solche einen Lohn aus, so würde der Mäklervertrag alle Merkmale eines Dienstvertrags aufweisen.

Die wenigen mäklerrechtlichen Vorschriften, die das BGB. aufstellt, besagen, daß mangels einer Vereinbarung über die Höhe der Vergütung (gewöhnlich wird sie in Prozenten vom Werte des abzuschließenden Geschäfts festgesetzt) der taxmäßige bzw. ortsübliche Lohn zu zahlen ist (§ 653 Abs. 2); daß jeder Anspruch auf Mäklerlohn und Impensenersatz entfällt, „wenn der Mäkler dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist" (§ 654); daß wenn für die Vermittlung von Dienstverträgen ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn ausgemacht worden ist, er, ähnlich wie wir es bei der Konventionalstrafe kennengelernt haben, vor der Entrichtung auf Antrag des Schuldners durch richterliches Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann (§ 655) und daß der auf Heiratsvermittlung gerichtete Mäklervertrag keine Rechtspflicht zur Honorarzahlung, sondern nur eine Anstandspflicht dazu begründet, die sich wie bei Spiel und Wette juristisch darin äußert, daß der freiwillig geleistete Lohn nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann (§ 656).

Da der Mäkler, soweit er gewerbsmäßig Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt, dem Sonderrecht des HGB. und des Börsengesetzes untersteht, fällt unter den Herrschaftsbereich des BGB., abgesehen von der nicht gewerbsmäßigen Mäklertätigkeit, in der Hauptsache nur der Grundstücks- und Hypothekenmakler, das Wohnungsnachweisbureau und die an sozialen Schäden reiche „Agentur" für Stellen- und Arbeitsvermittlung. Um den mit letzterer verbundenen Mißständen zu begegnen, hat das jüngst erlassene Arbeitsnachweisgesetz vom 22. 7. 1922 durch Begründung von öffentlichen Arbeitsnachweisen die Vermittlung von Arbeitsverträgen der privatrechtlichen Sphäre möglichst zu entrücken versucht. Soweit und solange ihm zufolge gewerbsmäßige Stellenvermittlung noch zulässig ist, sind in Ansehung ihrer neben den zivilrechtlichen Bestimmungen des BGB. die verwaltungsrechtlichen Normen des Stellenvermittlergesetzes vom 2. 6. 1910 zu beachten.

2. Der Trödelvertrag. Hier überläßt der eine Teil, gewöhnlich der Eigentümer, dem anderen Teile eine Sache mit der Verabredung, daß der andere nach Ablauf einer bestimmten Frist entweder die Sache zurückgeben oder eine festgesetzte Summe (aestimatio; darum contractus aestimatorius) zahlen soll. Der wirtschaftliche Zweck solcher Vereinbarung geht natürlich dahin, daß der Eigentümer mit Hilfe des Trödlers seine Sache veräußern, „an den Mann" bringen will. In dieser Mittlertätigkeit ähnelt der Trödler dem Mäkler. Von letzterem unterscheidet er sich aber dadurch, daß er nicht Erwerber und Veräußerer zueinander führt, sondern selbst die Veräußerung im eigenen Namen besorgt. Und unter den Dienst- oder Werkvertrag läßt sich der Trödelvertrag deshalb nicht stellen, weil der Trödler sich weder zum Verkauf der Ware noch auch nur zu Bemühungen in dieser Richtung

verpflichtet. Der Anreiz, die Hände nicht in den Schoß zu tun, liegt für den Trödler in der ihm verbleibenden Differenz, um welche der erzielte Erlös die an den Auftraggeber abzuliefernde Taxsumme übersteigt.

Der Trödelvertrag ist vom Gesetz nicht geregelt. Daß der Trödler nicht das Risiko der Unverkäuflichkeit der Ware trägt, folgt aus der ihm vertragsmäßig eingeräumten Befugnis, die nicht verkaufte Ware dem Eigentümer zurückzugeben. Im übrigen sind bei dem Schweigen des Gesetzes die an einen Trödelvertrag sich knüpfenden Streitfragen auf Grund der jeweils in Betracht kommenden Verkehrsgewohnheit zu beantworten. Im Zweifel wird der Trödler nicht Eigentümer der ihm zum Verkauf übergebenen Sache und trägt infolgedessen der andere Teil die Gefahr ihres zufälligen Untergangs und ihrer zufälligen Verschlechterung. Von dem Zeitpunkt an, wo der Trödler die Taxsumme zahlt, wird man die Vertragsbeziehungen der Parteien in einzelnen Punkten — man denke an die Sach- und Rechtsmängelhaftung — nach kaufrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen haben.

Ein durch kodifizierte Usancen geregelter Sonderfall des Trödelvertrags ist der zwischen Verlags- und Sortimentsbuchhändler übliche Konditionsvertrag. Von ihm ist im Handelsrecht die Rede.

3. Die Auslobung. Darunter versteht das Gesetz die durch öffentliche Bekanntmachung ausgesetzte Belohnung für die Vornahme einer Handlung. Eine solche öffentliche Bekanntmachung verpflichtet niemanden zur Vornahme der Handlung; aber sie verpflichtet gegenüber der vorgenommenen Handlung den Auslobenden zur Leistung des versprochenen Gegenstands. Da diese Schuldverpflichtung ausschließlich in der öffentlichen Bekanntmachung wurzelt, so hat sie ihren Entstehungsgrund nicht in einem Vertrag, sondern in einem einseitigen Rechtsgeschäft. Deshalb erwirbt den Anspruch auf die Belohnung auch derjenige, der ohne Kenntnis der Auslobung oder doch ohne Rücksicht auf sie die ausgelobte Handlung vornimmt (§ 657). Bis zur Vornahme der Handlung kann der Auslobende die Auslobung widerrufen, wenn er dafür die Form des contrarius actus oder den Weg der persönlichen Mitteilung wählt und wenn er nicht in der Auslobung — und sei es nur durch Setzung einer Frist für die Vornahme der Handlung — auf die Widerruflichkeit verzichtet hat (§ 658). Nach dem Inhalt der Auslobung beantwortet sich auch die Frage, wie die Belohnung da zu verteilen ist, wo die Handlung mehrmals oder zwar nur einmal, aber von mehreren gemeinschaftlich vorgenommen worden ist. Soweit die Auslobung hierüber nichts bestimmt, gelten die Vorschriften der §§ 659, 660.

Die von der Auslobung angeregte Handlung kann von sehr verschiedenartiger Natur sein. Es kann die Belohnung auf eine Tätigkeit als solche gesetzt sein (Teilnahme an einer wissenschaftlichen Expedition oder an einer Rettungsaktion) oder sie kann an die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs geknüpft sein (Finden und Wiederbringen eines verlorenen Gegenstands; Ergreifung eines flüchtigen Verbrechers; Lösung eines Rätsels oder eines technischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Problems). Einerlei ist für die Wirksamkeit der Auslobung das Maß des Interesses, das der Auslobende an der ausgeschriebenen Handlung hat: er kann sogar an der Nichtvornahme der Handlung interessiert sein, indem er gerade dadurch, daß eine Handlung trotz hoher Belohnung nicht vorgenommen wird, den Nachweis von ihrer Unerbringbarkeit führen will[1]). Daß deswegen nicht jede marktschreierische und scherzhafte Meßreklame („tausend Mark demjenigen, der den mit meinem Patentkitt geleimten Teller wieder entzweibricht") eine gültige Auslobung darstellt, versteht sich von selbst.

[1]) Das ist in der Literatur vielfach verkannt worden, als vor einer Reihe von Jahren ein bekanntes Mitglied der Societas Jesu eine für damalige Verhältnisse hohe Summe zugunsten desjenigen auswarf, der den Nachweis erbrächte, daß in den Jesuitenschriften die Lehre von der Heiligung der Mittel durch den Zweck enthalten sei.

Streiten die Parteien, ob die vorgenommene mit der ausgeschriebenen Handlung identisch und infolgedessen die Belohnung verdient sei, so entscheidet über die Identität der Richter. Der Auslobende kann aber auch in der öffentlichen Bekanntmachung zu erkennen geben, daß die Entscheidung, ob die vorgenommene Handlung den Bedingungen der Auslobung entspreche und welche von mehreren Handlungen ihnen am meisten entspreche, von ihm selbst oder einer von ihm bezeichneten Person unter Ausschluß des Rechtsweges gefällt werden soll. Dann spricht man von einer Preisbewerbung. Für sie hat das Gesetz in § 661 einige Sonderrechtssätze aufgestellt.

4. Der Auftrag. Er ist der Vertrag, durch den sich der eine Teil dem anderen zu einer unentgeltlichen Tätigkeit verpflichtet. Das Gesetz spricht in § 662 von ,,Geschäftsbesorgung" statt von ,,Tätigkeit". Unsere Fassung aber setzt, ohne den Tatbestand selbst zu ändern, die einfachere Formulierung an die Stelle des verschleierten und nur scheinbar engeren gesetzlichen Begriffs: es kann eben jedwede Handlung, hinsichtlich deren es nach dem Willen der Parteien zu einer rechtlichen Bindung kommen soll, Gegenstand eines Auftrags sein. Nur muß ihre Vornahme entweder im Interesse des Auftraggebers oder einer dritten Person gelegen sein, darf also nicht dem alleinigen Interesse des Beauftragten dienen. Denn solchenfalls wäre der vermeintliche Auftrag nichts weiter, als ein guter Rat, den zu befolgen der Adressat niemals verpflichtet sein kann und für den der ihn Erteilende nur haftet, wenn dafür ein besonderer vertraglicher oder deliktischer Grund gegeben ist (§ 676). Begrifflich verschieden vom Auftrag ist die Vollmacht. Sie hat es nicht mit den internen obligationsrechtlichen Beziehungen von Mandanten und Mandatar, sondern mit der externen, dem allgemeinen Teile des bürgerlichen Rechtes angehörenden Frage zu tun, ob Rechtsgeschäfte, die der Beauftragte für den Auftraggeber mit dritten Personen eingeht, diese in unmittelbare Beziehungen zum Auftraggeber setzen. Solche Vollmacht kann sich, braucht sich aber nicht mit dem Auftrag zu verbinden. Inwieweit sie es tut, ist von Fall zu Fall zu entscheiden.

Als unentgeltliches Geschäft steht der Auftrag zum Dienst- und Werkvertrag in einem ähnlichen Verhältnis wie die Leihe zum Mietvertrag. Von ihr sagten wir seinerzeit, daß sie einen ,,familiären" Charakter trage und zu den ,,Nichtverkehrsgeschäften" zu zählen sei. Das gilt in gewissem Sinne auch vom Auftrag. Mit dieser relativ geringen Rolle, die das Schuldverhältnis im großen Rechtsverkehr spielt, würde die eingehende Regelung, die das Gesetz ihm hat zuteil werden lassen, kontrastieren, wenn die Bedeutung der ihm gewidmeten Einzelvorschriften nicht in Wahrheit auf anderem Gebiet läge: sie finden, wie schon mehrfach angedeutet, in weitem Umfang auf Dienst- und Werkverträge entsprechende Anwendung (§ 675).

Während im allgemeinen ein Oblat den Antrag, den er nicht annehmen will, ignorieren kann, besteht für den Empfänger einer Auftragsofferte im Ablehnungsfall unter Umständen eine besondere Erklärungspflicht (§ 663). Da das Gesetz nichts Abweichendes bestimmt, hat der Mandatar bei der Ausführung des Auftrags trotz der Unentgeltlichkeit omnis diligentia zu beobachten; von den Weisungen des Mandanten darf er nur innerhalb der engen Grenzen des § 665 abweichen und ist im Zweifel nicht berechtigt, sich einen Substituten zu bestellen, so wenig, wie er sich die Substituierung eines anderen Gläubigers gefallen zu lassen braucht (§ 664). Mit der dem Beauftragten obliegenden Leistung kann sich je nach deren Natur eine Reihe von Nebenpflichten verbinden, von denen im Gesetz die Benachrichtigungspflicht, die Verpflichtung zur Auskunftserteilung, die Rechenschaftspflicht, die Herausgabe- und die Zinspflicht ausdrücklich erwähnt sind (§§ 666—668).

Den Pflichten des Mandatars stehen möglicherweise solche des Mandanten gegenüber. Die im § 669 statuierte Vorschußpflicht gehört freilich nur im uneigentlichen Sinne hierher, da es sich beim Vorschuß nicht sowohl um eine Schuldverbindlichkeit des Auftraggebers, als um eine Voraussetzung handelt, ohne die der Auftrag-

nehmer mit seiner Tätigkeit nicht zu beginnen braucht: Nichtleistung des Vorschusses führt darum nie zur mora solvendi, sondern immer nur zur mora accipiendi des Mandanten. Hingegen ist ein echter Anspruch dem Mandatar in § 670 verliehen, der dem Beauftragten ein Recht gibt auf Ersatz derjenigen Auslagen, die er bei sorgfältiger Prüfung aller Umstände für erforderlich halten durfte, auch wenn sie objektiv betrachtet nicht erforderlich waren. Schäden, die der Mandatar bei der Auftragsausführung erleidet und die nicht unter den Begriff der Aufwendungen fallen, kann er nur ersetzt verlangen, wenn sie vom Mandanten verschuldet sind.

Der Interessenlage beim Auftrag entspricht es, daß er vom Auftraggeber jederzeit widerrufen und vom Beauftragten jederzeit gekündigt werden kann, wennschon er von letzterem nicht zur Unzeit gekündigt werden soll (§ 671). Für den Fall, daß der Auftrag durch den Tod einer der Parteien erlischt (was im Zweifel nur beim Tode des Mandatars zutrifft), suchen die §§ 672—674 das Geschäft bzw. den überlebenden Kontrahenten vor Schaden zu bewahren.

5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie stellt insofern das Gegenstück zum Auftrag dar, als hier jemand für einen anderen unentgeltlich tätig wird, „ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein" (negotiorum gestio): es bezahlt jemand fremde Rechnungen; füttert ein fremdes, ihm zugelaufenes Tier; repariert oder verkauft fremde Sachen; macht Einkäufe für einen andern; leistet Hilfsdienste einem Verunglückten und was dergleichen Fälle mehr sind. Hier überall liegt kein vertragliches Gebilde vor, sondern das Schuldverhältnis entspringt dem einseitigen Handeln der einen Partei. Ob man dieses von dem Willen getragene Handeln, fremde Interessen wahrzunehmen und durch ihre Wahrnehmung zu dem Interessenten in schuldrechtliche Beziehungen zu treten, als Willenserklärung und demgemäß die Geschäftsführung ohne Auftrag als einseitiges Rechtsgeschäft ansprechen darf, ist eine Konstruktionsfrage, die hier nicht weiter verfolgt werden kann. Unabhängig von ihr bestimmt § 682, daß mangelnde Geschäftsfähigkeit des negotiorum gestor die spezifischen Gestionswirkungen, soweit sie dem Gestor nachteilig sind, nicht zur Entstehung kommen läßt. Nur die Absicht, fremde Angelegenheiten zu besorgen, nicht auch Kenntnis von der Persönlichkeit des Fremden ist für die Geschäftsführung ohne Auftrag wesentlich; darum hindert Irrtum über die Person des Geschäftsherrn nicht das Zustandekommen der Obligation zwischen dem Geschäftsführer und demjenigen, den die Geschäftsführung in Wirklichkeit betrifft (§ 686). Geht jedoch der Irrtum so weit, daß er das altruistische Bewußtsein aufhebt, indem jemand ein in Wahrheit fremdes Geschäft als das seinige betrachtet (z. B. ein fremdes Tier füttert, das er für sein Eigentum hält), so entfällt naturgemäß der Tatbestand der negotiorum gestio (§ 687 Abs. 1). Und er entfällt auch dann, wenn jemand ein fremdes und als fremd erkanntes Geschäft in bewußter Widerrechtlichkeit wie sein eigenes behandelt (z. B. ein ihm zugelaufenes fremdes Tier füttert, um es zu unterschlagen): doch kann in diesem Falle der Geschäftsherr den Geschäftsführer zu dessen Nachteil so in Anspruch nehmen, als ob eine negotiorum gestio vorläge (sogenannte unechte Geschäftsführung ohne Auftrag; § 687 Abs. 2).

Die negotiorum gestio setzt zwar ein als freiwillige Tat des Geschäftsführers; einmal angefangen, verpflichtet sie ihn aber, das Geschäft so, wie das Interesse des Geschäftsherrn nach dessen wirklichem oder mutmaßlichem Willen es erfordert, mit verkehrsüblicher Sorgfalt durchzuführen. Wird dieses Sorgfaltsmaß (von dem das Gesetz nur bei Hilfeleistungen in dringender Gefahr etwas nachläßt) nicht prästiert, so haftet der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn auf Schadensersatz (§§ 677, 680). Ja, muß der Geschäftsführer von vornherein erkennen, daß die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht, so hat er für deren nachteiligen Ausgang selbst dann einzustehen, wenn „ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt", es müßte denn

sein, daß ,,ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde" (§§ 678, 679). Im übrigen obliegen dem Geschäftsführer dieselben Pflichten wie dem Mandatar, zu denen sich noch die Anzeigepflicht des § 681 gesellt.

Dem negotiorum gestor steht für die von ihm geleistete ,,Menschenhilfe" ein Honoraranspruch nicht zu; selbst dann nicht, wenn er unter Gefährdung eigener Interessen dem Geschäftsherrn die wertvollsten Güter gerettet hätte. Und auch das Recht auf Impensenersatz ist vom Gesetz in engen Grenzen gehalten. Dem Geschäftsführer fehlt jeder Ersatzanspruch, ,,wenn er nicht die Absicht hatte, vom Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen", wenn die gemachten Aufwendungen also Schenkungscharakter tragen. Umgekehrt erwirbt er stets einen Ersatzanspruch, wenn ,,der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt". Von diesen beiden Fällen abgesehen, kann der negotiorum gestor, ,,wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht", diejenigen Aufwendungen erstattet verlangen, die er ,,den Umständen nach für erforderlich halten durfte" (wobei zu beachten ist, daß die Rücksichtnahme auf den Willen des Geschäftsherrn in den Fällen ausscheidet, in denen wir sie auch in Ansehung der Haftung des Geschäftsführers ausscheiden mußten). Wo diese Voraussetzungen der sogenannten ,,Geschäftsführungsgegenklage" nicht vorliegen, ist der negotiorum gestor hinsichtlich seiner Auslagen auf den bloßen Bereicherungsanspruch beschränkt (§§ 683, 684 in Vbd. mit §§ 670, 679).

§ 46. Die Gesellschaft.

1. Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich mehrere Personen wechselseitig, zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes beizutragen (§ 705). Da hier jeder Teil eine Verpflichtung übernimmt, um gegenüber dem anderen Teile den Anspruch auf eine Leistung zu erwerben, würde an und für sich ein gegenseitiger Vertrag vorliegen. Die Besonderheit des Gesellschaftsvertrages besteht aber darin, daß neben die causa credendi, von der die einzelne Versprechensabgabe getragen ist, als zweite causa der gemeinschaftlich angestrebte Zweck tritt. Und indem hier neben dem einen, rein rechtlichen, ein zweiter, möglicherweise rein faktischer, Erfolg als Rechtsgrund in den Vertrag aufgenommen wird, verändern sich die Züge des gegenseitigen Vertrags durchaus: die zweite causa drängt die erstere völlig in den Hintergrund bzw. nimmt sie als Mittel in ihren Dienst, so daß die Leistungen der Gesellschafter nicht mehr wie beim synallagmatischen Vertrag das Bild des do ut des, des wechselseitigen Austausches darstellen, sondern parallel zueinander demselben Endziel zulaufen. Scheidet somit nach richtiger Ansicht der Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge aus, so erweisen sich die für letztere geltenden und früher entwickelten Regeln der §§ 320ff. als unanwendbar. Es wäre auch sinnwidrig, wenn die zufällige Unmöglichkeit der Beitragsleistung eines einzelnen Gesellschafters, mag sie für die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes von noch so untergeordneter Bedeutung sein, sämtliche Gesellschafter nach § 323 von ihren Beitragspflichten befreien würde. Die durch den Wegfall der §§ 320ff. etwa entstehenden Lücken sind vom Gesetz durch sozietätsrechtliche Sonderbestimmungen ausgefüllt.

Unter den Zwecken, um derentwillen Gesellschaftsverhältnisse eingegangen werden, spielt im Verkehr natürlich die größte Rolle der gemeinschaftliche Betrieb eines Handelsgewerbes. Dann entsteht gewöhnlich eine sogenannte offene Handelsgesellschaft, für die zufolge ihrer Normierung im HGB. die Vorschriften des BGB. nur subsidiäre Bedeutung haben. Irrtümlich aber wäre die Vorstellung, als ob deswegen der Gesellschaftsvertrag des allgemeinen bürgerlichen Rechtes im

wesentlichen nur die Rechtsform für soziale, ethische, künstlerische, gesellige und sportliche Bestrebungen sei. Vielmehr versieht er auch im modernen Wirtschaftsleben wichtige Funktionen und begegnet uns hier im Dienste sowohl des Wirtschaftskampfes wie der wirtschaftlichen Konzentration.

Die Personenmehrheit, aus der sich die Gesellschaft zusammensetzt, erhebt sich juristisch nicht über die Summe ihrer Mitglieder. Dadurch unterscheidet sie sich vom rechtsfähigen Verein und ähnlichen juristischen Personen, bei denen die von der Personenmehrheit angestrebten Zwecke mit Hilfe eines neuen, von ihr verschiedenen Rechtssubjektes verfolgt werden. Und der nicht rechtsfähige Verein unterscheidet sich von der Gesellschaft, deren Rechtssätze an sich nach § 54 auf ihn Anwendung finden, dadurch, daß er korporativ organisiert und meistens auf eine wechselnde Mitgliederzahl berechnet ist, während die Gesellschaft einer korporativen Organisation, wie sie im Vereinsstatut, dem Vorstand, der Mitgliederversammlung zum Ausdruck kommt, entbehrt und regelmäßig auf einen mehr oder minder geschlossenen Personenkreis beschränkt ist.

2. Bei der Erfüllung der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Verpflichtungen hat jeder Gesellschafter zufolge des nicht unbedenklichen Rechtssatzes des § 708 nur für diejenige Sorgfalt aufzukommen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Zu jenem Kreise von Obliegenheiten gehört in erster Linie die Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck zu fördern, insbesondere also die vereinbarten Beiträge zu leisten, die in einmaligen oder wiederkehrenden, in fest fixierten oder nach dem Gesellschaftsbedarf schwankenden Prästationen, in Kapital oder in Diensten, in der Einbringung von körperlichen oder unkörperlichen Gegenständen, in deren Übertragung an die Mitgesellschafter oder in ihrer Überlassung zur bloßen Benutzung bestehen können. Im Zweifel ist die Beitragspflicht jedes Gesellschafters gleich groß und können die übrigen Gesellschafter vom Sozius — unbeschadet der ihn nach § 735 treffenden Nachschußpflicht — weder eine Erhöhung des vereinbarten Beitrags noch eine Ergänzung seiner durch Verlust verminderten Einlage verlangen (§§ 706, 707). Außer zur Beitragsleistung ist der Gesellschafter zur Besorgung der Gesellschaftsgeschäfte verpflichtet, soweit er davon nicht vertragsmäßig entbunden ist und er hat, abgesehen von der geringeren Sorgfalt, die von ihm zu beachten ist, diese Pflicht nach den für den Mandatar geltenden Grundsätzen zu erfüllen (§ 713).

Die Besorgung der Gesellschaftsgeschäfte ist aber nicht nur eine Pflicht, sondern gleichzeitig ein Recht des einzelnen Gesellschafters. Daraus folgt, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Der Gesellschaftsvertrag kann aber einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen und das Recht zu ihr auf den oder die übrigen Gesellschafter übertragen und er kann da, wo eine Vielheit von Gesellschaftern geschäftsführungsberechtigt ist, von dem Erfordernis der Einstimmigkeit der Gestionsbeschlüsse dispensieren und Majoritätsbeschlüsse für zulässig erklären. Es kann die Geschäftsführung auch jedem einzelnen Gesellschafter mit der Befugnis zu isoliertem Handeln eingeräumt werden: alsdann vermag er die Vornahme eines Geschäfts durch die andern im Wege des Widerspruchs zu verhindern. Aus wichtigem Grunde darf jeder geschäftsführende Gesellschafter die Geschäftsführung kündigen und durch einstimmigen oder, wo es der Vertrag zuläßt, durch Majoritätsbeschluß der übrigen Gesellschafter der Geschäftsführung entsetzt werden. Auch den nicht an der Geschäftsführung teilnehmenden Gesellschaftern verbleiben gewisse Kontrollrechte hinsichtlich des Standes der Gesellschaftsgeschäfte. Im Geschäftsführungsrecht einbeschlossen ist der Anspruch auf Auslagenersatz, der sich wiederum nach mandatsrechtlichen Gesichtspunkten richtet. Und während beim Dienstvertrag und beim Auftrag jedesmal den Umständen des Falles zu entnehmen ist, ob der Beauftragte Rechtsgeschäfte, die er in Erledigung seines Auftrags mit Dritten einzugehen hat, im Namen des Auftrag-

gebers abschließen darf, spricht beim Gesellschaftsvertrag eine Vermutung dafür, daß das Geschäftsführungsrecht die Vollmacht enthält, Willenserklärungen mit unmittelbarer Wirkung für die übrigen Gesellschafter abzugeben und entgegenzunehmen (§§ 709—716).

Außer dem Geschäftsführungsrecht und den damit zusammenhängenden Befugnissen hat der Gesellschafter gewisse, später zu erwähnende Ansprüche gegen die übrigen Gesellschafter, wenn das Gesellschaftsverhältnis, sei es schlechthin, sei es für ihn erlischt und es infolgedessen zur wirklichen oder fingierten Auseinandersetzung kommt. Und während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses kann er am Schlusse jedes Geschäftsjahres Auszahlung des auf ihn entfallenden Gewinns verlangen. Die Gewinnanteile der Gesellschafter sind im Zweifel gleich hoch und unabhängig von der Art und Größe der geleisteten Beiträge. Dem Rechte auf den Gewinnanteil steht freilich die Verpflichtung gegenüber, an dem bei Auflösung der Gesellschaft festgestellten Verlust zu partizipieren. Dabei ist mangels abweichender Vereinbarung und vorbehaltlich der weitergehenden Schuldenhaftung, die den einzelnen Gesellschafter den Gläubigern gegenüber trifft, der Schlüssel der Gewinnverteilung auch für die Verlustverteilung maßgebend (§§ 721, 722).

Die Ansprüche, die nach dem Vorstehenden die Gesellschafter gegeneinander erwerben, können wegen ihrer Verwachsenheit mit dem Gesellschaftszweck nur in beschränktem Umfang auf dritte Personen übertragen werden (§ 717).

3. „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen). Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands erworben wird“ (§ 718).

Es fragt sich, wem das G e s e l l s c h a f t s v e r m ö g e n zusteht. Da die Gesellschaft kein eigenes Rechtssubjekt ist, kommen als Inhaber des Gesellschaftsvermögens nur die Gesellschafter selbst in Betracht. Sie sind Miteigentümer der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen und gemeinschaftliche Gläubiger der darin liegenden Forderungen und sie haben, wennschon das in der Doktrin sehr bestritten ist, sowohl an diesen einzelnen Stücken wie an dem Vermögen im ganzen ziffernmäßig bestimmbare Anteile (Quoten). Von anderen Rechtsgemeinschaften nach Bruchteilen unterscheidet sich das Gesellschaftsvermögen aber durch eine eigenartige, um des Zweckes willen, dem es dient, geschaffene Gebundenheit, die man als Gesamthandsprinzip zu bezeichnen pflegt. Diese Gebundenheit bewirkt einmal, daß der einzelne Gesellschafter, solange sie besteht, hinsichtlich der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens keine Teilung verlangen kann und daß er unfähig ist, über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen im ganzen und an den einzelnen dazu gehörenden Stücken zu verfügen (§ 719 Abs. 1). Damit hängt weiter der Rechtssatz zusammen, daß gegen eine Gesellschaftsforderung der Schuldner nicht eine ihm gegen den einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen darf (§ 719 Abs. 2). Und von den gemeinschaftlichen Forderungen kann der einzelne Gesellschafter seine Quote isoliert nicht einmal in der Form geltend machen, daß er auf Leistung an alle Gesellschafter klagt[1]). Natürlich muß der Schuldner, der die Zugehörigkeit einer Forderung zum Gesellschaftsvermögen nicht kennt und infolgedessen Erfüllungshandlungen einem einzelnen Sozius gegenüber vornimmt, nach Analogie des debitor cessus geschützt werden (§ 720). Aus dem Gesamthandsprinzip folgt ferner, daß ein Gläubiger Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nur betreiben kann, wenn es ihm gelungen ist, ein gegen alle Gesellschafter lautendes Urteil zu erstreiten (ZPO. § 736) und daß der Anteil eines Gesellschafters an den

[1]) Bestritten! Vgl. oben S. 78.

einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen der Pfändung entzogen ist (ZPO. § 859 Abs. 1 S. 2). Der Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen im ganzen ist zwar der Pfändung unterworfen (ZPO. § 859 Abs. 1 S. 1), letztere verschafft aber dem pfändenden Gläubiger nicht ohne weiteres die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Pfändungsschuldners, sondern verleiht ihm durante societate nur die Befugnis zur Geltendmachung des Dividendenanspruchs und die Möglichkeit, im Wege der fristlosen Kündigung die Gesellschaft zu sprengen (§ 725). Und endlich ist es ein Ausfluß der Geschlossenheit des Güterkomplexes, daß wenn sich die Zahl der Gesellschafter durch Austritt eines alten oder Eintritt eines neuen Gesellschafters verschiebt, die dadurch bedingte Veränderung in der Höhe der Anteile am Gesellschaftsvermögen oder an seinen einzelnen Stücken sich nicht im Wege der Quotenübertragung, sondern durch unmittelbare Anwachsung vollzieht: bilden A, B, C und D eine Gesellschaft und scheidet bei Fortbestand der Gesellschaft D aus ihr aus, so braucht er seine Quote nicht erst im Wege des Rechtsgeschäftes auf die zurückbleibenden Gesellschafter zu verteilen, sondern deren bisherige Viertelsberechtigungen weiten sich, unbeschadet des Anspruchs des Ausscheidenden auf die Abfindungssumme, ipso jure zu Drittelsberechtigungen aus. Solche Anwachsung ist in § 738 Abs. 1 S. 1 zwar nur für den Fall der Abschichtung eines Gesellschafters angeordnet, sie greift aber nach richtiger Ansicht entsprechend auch für den umgekehrten Fall des Eintritts eines neuen Gesellschafters Platz.

Wie die Aktiva des Gesellschaftsvermögens nicht Rechte der Gesellschaft, sondern der Gesellschafter sind, so stellen sich auch seine Passiva als Schulden der Gesellschafter dar. Zu den auf dem Gesellschaftsvermögen lastenden Schulden gehören die Vertragsschulden, die in Verfolg des Gesellschaftszweckes alle Gesellschafter oder die Geschäftsführer wirksam im Namen aller Gesellschafter eingehen, und diejenigen Deliktsschulden, die nach Maßgabe der Grundsätze von der außerkontraktlichen Haftung in der Person sämtlicher Gesellschafter, wiederum bei Verfolgung des Gesellschaftszweckes, entstehen. Für beide Arten von Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner, es müßte denn bei den Vertragsschulden bloße Teilhaftung der einzelnen Sozien besonders vereinbart sein (§§ 427, 431, 840 Abs. 1). Und weil es sich hier um Gesamtschulden handelt, kann der Gläubiger beliebig einen der Gesellschafter herausgreifen und ihn isoliert auf die ganze Schuldsumme verklagen. Das hat aber für ihn den Nachteil, daß er, wie die Privatgläubiger dieses Gesellschafters, nur in dessen Vermögen exequieren und sich an das Gesellschaftsvermögen höchstens auf dem Umweg des § 725, also durch Pfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen und daran anschließende Sprengung der Gesellschaft, halten kann. Will der Gläubiger unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken, so muß er, wie gesagt, alle Gesellschafter belangen und in solidum verurteilen lassen. Gesellschaftsschulden in dem Sinne, daß für sie nur das Gesellschaftsvermögen, das Privatvermögen des einzelnen Sozius hingegen gar nicht haftet, sind bloß dann, aber dann sehr wohl denkbar, wenn solche beschränkte Haftung mit dem Gläubiger bei Eingehung des Schuldverhältnisses besonders vereinbart worden ist.

4. Ihr Ende findet die Gesellschaft mit Erreichung oder Unmöglichwerden des vereinbarten Zweckes und mangels abweichender Vertragsbestimmung mit dem Tode oder dem Konkurs eines Gesellschafters (§§ 726—728). Die Gesellschaft endigt ferner, wenn sie auf bestimmte Zeit eingegangen ist, mit Zeitablauf. Und sie kann schließlich aufgelöst werden durch einen darauf abzielenden rechtsgeschäftlichen Akt, der entweder Auflösungsvertrag der Gesellschafter oder einseitige Kündigung ist. Solches Kündigungsrecht hat einmal, wie schon hervorgehoben, der Gläubiger eines Gesellschafters, wenn er dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen gepfändet hat (§ 725 Abs. 1). Kündigungsberechtigt ist aber vor

allem der einzelne Gesellschafter selbst. Und zwar kann er, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit oder für die Lebenszeit eines Gesellschafters gebildet worden ist oder nach Ablauf der für sie bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, jederzeit und — falls nicht der Vertrag Kündigungsfristen vorsieht — fristlos kündigen. Ist eine Zeitdauer für die Gesellschaft bestimmt oder sind Kündigungsfristen vereinbart, so ist die jederzeitige und fristlose Kündigung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes statthaft, wobei es als wichtiger Grund insbesondere anzusehen ist, „wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird." Niemals aber darf die Kündigung eines Gesellschafters zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Die grundlos unzeitige Kündigung wäre zwar nicht unwirksam, würde aber den Kündigenden verpflichten, den übrigen Gesellschaftern den aus ihr entstehenden Schaden zu ersetzen (§§ 723, 724).

Nach jeder Auflösung der Gesellschaft findet unter den Gesellschaftern die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens statt. Soweit es der Zweck der Auseinandersetzung verlangt, gilt während ihrer Dauer die Gesellschaft, also auch das Gesamthandsprinzip als fortbestehend; das Geschäftsführungsrecht kommt mangels anderslautenden Vertragsinhaltes allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§ 730). Die Auseinandersetzung selbst erfolgt in der Weise, daß den Gesellschaftern die Gegenstände, die sie der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen haben (und für deren zufälligen Abgang letztere nicht ersatzpflichtig ist), zurückgegeben und daß aus dem Gesellschaftsvermögen zunächst die gemeinschaftlichen Schulden (einschließlich derjenigen, die den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für die einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften) berichtigt werden. Von dem verbleibenden Reste des Gesellschaftsvermögens bekommen die Gesellschafter ihre erstattungsfähigen Einlagen zurück, vorausgesetzt, daß diese nicht auch ihrerseits zur Schuldendeckung benötigt werden: letzterenfalls muß sich jeder Gesellschafter eine Kürzung seiner Einlagen in dem Verhältnis gefallen lassen, in dem er am Verlust der Gesellschaft partizipiert bzw. er muß in diesem Verhältnis die zur Schuldenbegleichung und Einlagenerstattung erforderlichen Nachschüsse leisten, wobei der sich aus der Insolvenz eines Gesellschafters ergebende Ausfall auf die übrigen Gesellschafter entsprechend umgelegt wird. Verbleibt hingegen nach der Abtragung der Schulden und der Rückgewähr der Einlagen ein Überschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem für die Gewinnverteilung im Gesellschaftsvertrag verabredeten Maßstab. Besteht das Gesellschaftsvermögen nicht schon in Geld, so ist es, wenn die Zwecke der Schuldentilgung, der Einlagenerstattung und der Überschußverteilung es erfordern, in Geld umzusetzen. Das dabei einzuschlagende Verfahren richtet sich nach den später zu besprechenden Vorschriften von der Gemeinschaft, wofern nicht die Gesellschafter Abweichungen von ihnen vereinbaren bzw. den Geschäftsführern gestatten (§§ 731—735).

5. Der Satz, daß Tod, Konkurs oder Kündigung eines Gesellschafters die Gesellschaft schlechthin auflöst, ist nicht zwingenden Rechtes. Im Vertrag kann bestimmt sein, daß in solchen Fällen nur der betreffende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, die letztere also unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Ja, wo solches vereinbart ist, kann sogar ein Gesellschafter, in dessen Person ein wichtiger Kündigungsgrund in dem früher erwähnten Sinne für die übrigen Gesellschafter gegeben ist, durch deren gemeinschaftliche Erklärung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (§§ 736, 737).

Der Ausscheidende nimmt an dem Gewinn und Verlust aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften teil, ohne auf die Art der Beendigung dieser Geschäfte einen Einfluß zu haben. Nur gewisse Kontrollrechte hinsichtlich des

Geschäftsergebnisses stehen ihm zu (§ 740). Eine Auseinandersetzung findet, da ja die Gesellschaft weiterbesteht, wegen des Ausscheidens des Gesellschafters nicht statt. Letzterer kann nur Rückgabe der von ihm der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände und Zahlung derjenigen rechnerisch zu ermittelnden Summe verlangen, die er hätte fordern können, wenn es im Zeitpunkt seines Ausscheidens zu einer Auseinandersetzung gekommen wäre. Ergibt die anzustellende Rechnung ein Minus, so hat der Ausscheidende den Fehlbetrag nach Maßgabe seiner vertraglichen Verlustbeteiligung den Gesellschaftern zu erstatten (§§ 738, 739). Daß sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den zurückbleibenden Gesellschaftern anwächst, ist schon in anderem Zusammenhang erwähnt worden. Durch die Abschichtung wird der Ausscheidende nicht von der gesamtschuldnerischen Haftung für die bei seinem Austritt bereits begründeten Gesellschaftsschulden frei; vielmehr hat er hinsichtlich ihrer nur einen Liberierungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter nach Maßgabe des § 738 Abs. 1 S. 2 und 3.

Die — vom Gesetz nicht geregelte — Aufnahme eines neuen Gesellschafters kann Auflösung der bisherigen Gesellschaft und Begründung einer anderen mit erweitertem Personenkreis bedeuten. Im Zweifel aber wird man dem Vorgang nicht diesen Sinn beizulegen, sondern wiederum Fortbestand der alten Gesellschaft bei veränderter Gesellschafterzahl anzunehmen haben. Es ist oben bereits hervorgehoben worden, daß solchenfalls dem Neueintretenden durch entsprechende Minderung der Quoten der vorhandenen Gesellschafter der ihm gebührende Anteil am Gesellschaftsvermögen ipso jure zuwächst. Dafür wird man aber auch in dem Eintritt in die Gesellschaft eine kumulative Übernahme der bereits bestehenden Gesellschaftsschulden erblicken dürfen, derzufolge der Eintretende, vorbehaltlich etwaiger Regreßansprüche gegen die Gesellschafter, den vorhandenen Gesellschaftsgläubigern gesamtschuldnerisch, also nicht nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen haftet.

Zweites Kapitel.

Schuldverhältnisse ohne rechtsgeschäftliche Begründung.

§ 47. Die Gemeinschaft.

1. Die Gemeinschaft, von der wir hier handeln, wird vom Gesetzbuch als „Gemeinschaft nach Bruchteilen“ bezeichnet (§ 741). Ein unangebrachtes Theoretisieren liegt darin insofern, als es ein noch unausgetragener wissenschaftlicher Streit ist, ob es Rechtsgemeinschaften, die nicht in Bruchteile zerfielen, überhaupt gibt. Das Vorhandensein von Quoten ist darum kein Moment, das sich zur Abgrenzung der Rechtsverhältnisse eignete, mit denen wir es hier zu tun haben. Vielmehr läßt sich der Herrschaftsbereich der sich mit der „Gemeinschaft“ beschäftigenden Normen (§§ 742—758) nur negativ dahin umschreiben, daß sie überall Anwendung finden, wo eine Rechtsgemeinschaft vorliegt und die daraus sich ergebende Rechtsbeziehung ihre Regelung nicht anderweitig im Gesetz erfahren hat. So werden die Vorschriften von der Gemeinschaft, wenn es sich um Miteigentum handelt, ergänzt durch die sachenrechtlichen Bestimmungen der §§ 1008ff., und wenn es sich um eine gemeinschaftliche Forderung handelt, durch den früher besprochenen § 432; und sie werden zum großen Teile verdrängt durch die Sondergebiete der Erbengemeinschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft und der Gesellschaft. Soweit jedoch in den letzteren Fällen spezielle Rechtssätze nicht eingreifen, gelten die Regeln von der „Gemeinschaft“ auch für die auf Erbgang oder Rechtsgeschäft sich grün-

denden Rechtsgemeinschaften (vgl. z. B. §§ 731 S. 2; 1477 Abs. 1; 2038 Abs. 2 S. 1; 2042 Abs. 2; 2044 Abs. 1 S. 2; 2046 Abs. 3). Ihre primäre und uneingeschränkte Bedeutung aber haben sie natürlich bei den Gemeinschaftsverhältnissen, die durch zufällige Ereignisse (Schatzfindung, Verbindung, Vermischung und ähnliche Tatbestände) hervorgerufen werden (sog. communio incidens; §§ 921—923; 947 Abs. 1; 948 Abs. 1; 984).

2. Der Inhalt der vom Gesetzbuch unter dem Titel der „Gemeinschaft" zusammengefaßten Rechtssätze ist in Kürze folgender:

a) Im Zweifel, d. h. sofern sich nicht aus dem Entstehungsgrund der Gemeinschaft etwas Abweichendes ergibt, sind die Anteile der Teilhaber gleich groß (§ 742). Über seinen Anteil kann jeder Gemeinschafter verfügen (ihn veräußern, belasten, ihn sich abpfänden lassen usw.), während über den Gegenstand im ganzen naturgemäß nur von allen gemeinschaftlich verfügt werden kann (§ 747). Das gleiche gilt, vorbehaltlich der §§ 432, 1011, von der Geltendmachung des gemeinschaftlichen Rechtes gegenüber dritten Personen. Ein Vorkaufsrecht hinsichtlich des einzelnen Anteils kommt den übrigen Gemeinschaftern kraft Gesetzes nicht zu, kann aber selbstverständlich durch Rechtsgeschäft begründet werden. Jeder Teilhaber ist „zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstands insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird"; dafür ist jeder Teilhaber den anderen gegenüber verpflichtet, „die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen" (§§ 743, 748).

b) Was die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands angeht, so steht sie den Teilhabern gemeinsam zu. Da aber Willensübereinstimmung nicht immer zu erzielen ist und bei ihrem Mangel der Gegenstand nicht unverwaltet bleiben soll, so kann durch Stimmenmehrheit (die nach der Größe der Anteile zu berechnen ist) „eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden", die nur vor einer wesentlichen Veränderung des Gegenstands und vor einer Beeinträchtigung des Rechtes des einzelnen Teilhabers auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzungen haltmachen muß. Notwendige Verwaltungsmaßnahmen darf jeder Teilhaber isoliert treffen und im übrigen kann er, solange Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluß nicht vorliegen, mittels Gemeinschaftsklage gegen die anderen eine „dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen" (§§ 744, 745). Eine Anomalie des Obligationenrechts, aber ein notwendiges Korrektiv gegen die vom Gesetz jedem Gemeinschafter hinsichtlich seines Anteils zugesprochene Verfügungsbefugnis ist es, daß wenn Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands durch Vertrag oder Mehrheitsbeschluß geregelt sind, die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger des einzelnen Gemeinschafters wirkt (§ 746; vgl. aber für Grundstücke auch § 1010). Anders als die Gesellschafter haften die Gemeinschafter einander bei allen Verwaltungshandlungen für omnis diligentia, was hier um so notwendiger ist, als die Gemeinschafter sich nur selten denjenigen auswählen können, mit dem sie in Rechtsgemeinschaft geraten.

c) Gegenüber den Mißhelligkeiten, die jeder gemeinschaftliche Besitz mit sich bringt, ist es für die Teilhaber von größter Bedeutung, daß sie gegeneinander den unverjährbaren Anspruch auf jederzeitige Aufhebung der Gemeinschaft haben. Dieses Recht kann durch Vertrag für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder an eine Kündigungsfrist gebunden werden, und auch hier wirkt die Beschränkung (vorbehaltlich der sich auf gemeinschaftliche Grundstücke beziehenden Bestimmung des § 1010) für und gegen die Sondernachfolger, hingegen nicht notwendigerweise gegenüber dem Universalsukzessor. Trotz vertragsmäßiger Einschränkung oder Beseitigung des freien Aufhebungsanspruches kann jeder Gemeinschafter bei Vor-

liegen eines wichtigen Grundes und außerdem der Gläubiger, der die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt hat, die sofortige Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (§§ 749—751; 758).

Die Aufhebung selbst erfolgt, sofern nichts anderes vereinbart ist, bei teilbaren Gegenständen durch reale Teilung, bei unteilbaren durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstands nach den Vorschriften vom Pfandverkauf bzw. bei Grundstücken von der Zwangsversteigerung und durch Teilung des erzielten Erlöses. Forderungen sollen durch gemeinschaftliche Einziehung und Teilung bzw. Verkauf des eingezogenen Gegenstands in Einzelwerte umgesetzt werden; der Verkauf der Forderung selbst ist nur zulässig, solange sie noch nicht eingetrieben werden kann. Ist bei einem gemeinschaftlichen Gegenstand die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist er unter den Teilhabern zu versteigern. Wo auf diese oder auf andere Weise der gemeinschaftliche Gegenstand von einem der Teilhaber erworben wird, trifft jeden der übrigen Gemeinschafter zu seinem Anteil die Sach- und Rechtsmängelhaftung des Verkäufers (§§ 752—754; 757).

Ob eine durch die Gemeinschaft veranlaßte Schuldverbindlichkeit auf den Teilhabern als Gesamtschuld lastet, hängt von ihrem Entstehungsgrund ab. Soweit es der Fall ist, kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung von den anderen verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand berichtigt wird. In ähnlicher Weise ist jeder Gemeinschafter, der gegen einen anderen eine in der Gemeinschaft wurzelnde Forderung hat, berechtigt, bei der Aufhebung die Berichtigung aus dem auf den Schuldner entfallenden Anteil zu verlangen und kann auf diese Befugnis auch im Konkurs des Schuldners ein Absonderungsrecht gründen. Diese Ansprüche auf vorzugsweise Befriedigung aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand sind der Geltendmachung auch gegen die Sondernachfolger der Gemeinschafter fähig, bei Grundstücken allerdings nur nach entsprechender Eintragung in das Grundbuch (§§ 755, 756, 1010 Abs. 2; KO. § 51).

§ 48. Ungerechtfertigte Bereicherung.

1. Bei der Besprechung der abstrakten Zuwendungen haben wir als deren Charakteristikum ein starkes Maß von Unabhängigkeit gegenüber der ihnen zugrunde liegenden causa kennengelernt. Zufolge dieser Unabhängigkeit können sie auch da bei Bestand bleiben, wo die causa sich als unwirksam erweist: der Erwerber des Pferdes hört nicht deshalb auf, Eigentümer zu sein, weil der Kaufvertrag, um dessentwillen es ihm übereignet wurde, sich nachträglich als nichtig herausstellt. Indessen entbehrt solche Vermögensverschiebung wegen der mangelnden causa der inneren Berechtigung und es ist natürlich nicht die Absicht der Rechtsordnung, die Selbständigkeit der abstrakten Zuwendung, zu der sie sich aus bestimmten rechtspolitischen Gründen glaubt bekennen zu müssen, so auf die Spitze zu treiben, daß das summum ius zur summa iniuria wird. Sondern sie schafft den hier notwendigen Ausgleich dadurch, daß sie dem Leistenden gegen den Empfänger einen obligationsrechtlichen Anspruch auf Herausgabe desjenigen gibt, worum er ungerechtfertigt bereichert ist. Man nennt darum diese Ansprüche kurzerhand Bereicherungsansprüche oder mit einem der römisch-rechtlichen Terminologie entlehnten Ausdruck „Kondiktionen".

Dabei zählen nicht nur Eigentumsübertragungen zu den kondizierbaren Zuwendungen, sondern auch Verfügungen anderer Art, wie etwa Zessionen und Forderungserlasse; ja sogar abstrakte Verpflichtungsgeschäfte, wie z. B. das Schuldanerkenntnis und das Wechselversprechen gehören hierher (§ 812 Abs. 2). Auch braucht die Leistung, die vom Bereicherten zurückgeholt werden soll, nicht unmittelbar an ihn selbst bewirkt zu sein: man denke an die Bezahlung fremder Schulden.

Und weiter: der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung bedarf überhaupt nicht notwendigerweise einer L e i s t u n g an den Bereicherten. Ein Geisteskranker

findet eine fremde Brieftasche mit Banknoten und bestreitet daraus eine Weile seinen täglichen Unterhalt; es verzehrt jemand Eier, die fremde Hühner gelegt haben, in der Meinung, sie stammten von seiner eigenen Henne; es betreibt jemand auf Grund eines unzulänglichen Titels die Zwangsvollstreckung und führt dadurch zu Unrecht fremde Werte seinem Vermögen zu: alsdann besteht offenbar das gleiche Bedürfnis nach der Kondiktio zwecks Korrektur des kausalosen Vermögenszuwachses.

Nicht ohne weiteres klar liegt die Frage nach der „Grundlosigkeit" der Bereicherung in einer dritten Gruppe von Fällen, bei denen es sich um den originären Erwerb kraft Sachenrechts handelt: bei der Ersitzung, der Verbindung, der Vermischung, der Verarbeitung und ähnlichen Instituten. Unmöglich ist es hier, in der den Eigentumswechsel anordnenden sachenrechtlichen Vorschrift selbst den „Rechtsgrund" der Vermögensverschiebung zu erblicken. Diese Funktion kann sie ebensowenig ausüben, wie vorhin die Zuwendung ihr eigener Rechtsgrund zu sein vermochte. Vielmehr ist an der Hand des Zweckes der einzelnen Vorschrift zu prüfen, ob die Rechtsordnung die Änderung in den Eigentumsverhältnissen nur aus technischen, in der Eigenart der dinglichen Rechte wurzelnden Erwägungen eintreten und darum ausgleichspflichtig sein läßt, oder ob der Wechsel im Rechte dem Schutze von Interessen dient, die verlangen, daß er sich auf Kosten des bisher Berechtigten vollziehe. Das letztere gilt zweifellos für die Ersitzung. Im übrigen sind die hier zu treffenden Entscheidungen dadurch erleichtert, daß das Gesetzbuch dort, wo es den Ausgleich wünscht, dies regelmäßig durch eine ausdrückliche Verweisung auf die Vorschriften vom Bereicherungsanspruch zu erkennen gibt (vgl. z. B. §§ 951, 977).

Jedenfalls dürfte nach alledem die gesetzliche Formulierung verständlich sein, die der Bereicherungsanspruch in § 812 Abs. 1 S. 1 gefunden hat: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet."

2. Die generalis clausula, in der mittels der eben zitierten Bestimmung das Gesetzbuch den Bereicherungsanspruch zusammengefaßt hat, wird von ihm erläutert und ergänzt durch Hervorhebung einzelner besonders bedeutsamer Bereicherungsfälle. Dahin gehört einmal

a) die sogenannte condictio indebiti, die Rückforderung einer gezahlten Nichtschuld: dem Leistenden schwebt die causa solvendi vor; diese trifft aber in Wahrheit nicht zu, weil das Geleistete gar nicht geschuldet war. Dem Mangel der Schuld steht es — vorbehaltlich der für die Verjährung geltenden Sondervorschrift des § 222 Abs. 2 — gleich, wenn dem Anspruch des Gläubigers eine peremptorische Einrede entgegengesetzt werden kann. Hingegen begründet vorzeitiges Erfüllen einer bestehenden Schuld den Bereicherungsanspruch nicht; auch Zwischenzinsen können solchenfalls, wie sie nach § 272 nicht abgezogen werden durften, nicht erstattet verlangt werden. Und selbst bei Fehlen einer Schuldverpflichtung versagt die Kondiktio, „wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach" (§§ 813, 814). Wer die Schuld eines anderen begleicht, kann zwar, wie vorhin angedeutet, möglicherweise vom Schuldner, aber keinesfalls vom Gläubiger kondizieren: denn wenn er auch selbst nichts schuldig war, so hat er sich doch die fremde causa zu eigen gemacht und infolgedessen keine Nichtschuld bezahlt.

b) Die condictio indebiti beruhte darauf, daß die Parteien sich bei der Vermögensverschiebung den Effekt der Zahlung vorstellten, dieser Effekt aber ausblieb und deshalb die Verschiebung rückgängig gemacht werden mußte. Das gleiche Bedürfnis nach dem Bereicherungsanspruch taucht überall da auf, wo „der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt": condictio causa data causa non secuta, auch condictio ob causam datorum genannt

(§ 812 Abs. 1 S. 2). Nur muß es sich um einen bei der Leistungsbewirkung von beiden Teilen vorausgesetzten und im Inhalt des Rechtsgeschäftes irgendwie zum Ausdruck gebrachten Erfolg handeln. Wo das aber zutrifft, macht es keinen Unterschied, ob der Erfolg rechtlicher oder rein faktischer Natur ist. So darf der Gläubiger die Quittung zurückholen, die er dem Schuldner in Erwartung der Zahlung geschickt, gegen die er aber Zahlung nicht erhalten hat; der Onkel die Aussteuer einklagen, die er seiner Nichte in Erwartung der Ehe gegeben hat, wenn die Ehe nicht zustande kommt; der Vater des Angestellten das Schweigegeld vom Prinzipal zurückfordern, der den Diebstahl des Sohnes trotz Empfangs des Geldes hat ruchbar werden lassen; und wer einen Beitrag für den Bau eines Denkmals geleistet hat, dessen Errichtung sich hinterher als unausführbar erweist, kann vom Denkmalsausschuß die Rückgabe der gestifteten Summe verlangen. Ausgeschlossen ist die condictio ob causam datorum, ,,wenn der Eintritt des Erfolgs von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert hat" (§ 815). Und beschränkt ist sie da, wo es sich um die Rückforderung einer Schenkung wegen nichtvollzogener Auflage handelt, zufolge der Sonderbestimmung, die der früher erwähnte § 527 für diesen Fall vorsieht.

c) Spezielle Erwähnung hat im Gesetz ferner die sogenannte condictio ob causam finitam gefunden: die Leistung ist im Moment ihrer Bewirkung zwar von einer causa getragen; der zunächst vorhandene rechtliche Grund fällt aber später weg (§ 812 Abs. 1 S. 2). Der Käufer zahlt pränumerando den aus einem gültigen Kaufvertrag geschuldeten Kaufpreis; dem Verkäufer wird hinterher die Lieferung der Ware unmöglich und darum auch der Käufer von jeder Gegenleistungspflicht frei (§ 323 Abs. 1 und 3). Oder der Konkursverwalter verabfolgt einem auflösend bedingten Gläubiger die auf ihn entfallende Konkursdividende und nach einiger Zeit tritt die die Gläubigereigenschaft beseitigende Resolutivbedingung ein. Auch der nach erklärter Anfechtung entstehende Anspruch auf Herausgabe dessen, was auf Grund des anfechtbaren Rechtsgeschäftes geleistet worden ist, gehört hierher.

d) In Anlehnung an die römische condictio ob turpem sive iniustam causam, aber in nicht ganz durchsichtigem Verhältnis zu der allgemeinen Vorschrift des § 138 behandelt das Gesetz in § 817 den Bereicherungsanspruch ,,wegen verwerflichen Empfangs". Dieser Anspruch soll statthaben, ,,wenn der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat". Es hat sich etwa jemand eine Geldsumme dafür bezahlen lassen, daß er von dem Vorhaben eines Verbrechens Abstand nimmt. Der Herausgabeanspruch entfällt, wenn sich der Leistende durch die Zuwendung ebenfalls gegen Gesetz oder gute Sitten vergeht: es besticht jemand einen anderen zur Begehung eines Verbrechens. Nur wenn die Zuwendung nicht in einer Verfügung, sondern in der Eingehung einer (abstrakten) Schuldverpflichtung, beispielsweise in der Ausstellung eines Wechsels besteht, kann die Verbindlichkeit, solange sie nicht erfüllt ist, trotz eigener turpitudo des Zuwendenden, sei es klage-, sei es einredeweise rückgängig gemacht werden.

e) In Abweichung von dem Grundsatz des römischen Rechtes: ,,nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet", kennt das Sachenrecht des BGB. in weitem Umfang Rechtsübertragungen durch Nichtberechtigte, indem es unter Umständen die mangelnde Verfügungsmacht des Veräußerers ersetzt durch den guten Glauben des Erwerbers. Da dieser gutgläubige Erwerb der Verkehrssicherheit dient, lastet prinzipiell keine Ausgleichspflicht auf demjenigen, zu dessen Gunsten er sich vollzieht: der bisherige Eigentümer kann trotz der Enteignung, die er erfährt, in der Regel keinen Bereicherungsanspruch geltend machen gegen den glücklichen Eigentumsgewinner. Wohl aber gibt § 816 Abs. 1 S. 1 dem Verlustträger eine Kondiktio gegen den, durch dessen Verfügung er aus seinem Rechte verdrängt worden

ist. Denn „trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet". Und erfolgte die Verfügung unentgeltlich, so geht nach Satz 2 der Herausgabeanspruch ausnahmsweise unmittelbar gegen den gutgläubigen Erwerber. Hat also der Eigentümer sein Buch verliehen und unterschlägt es der Entleiher, indem er es an einen gutgläubigen Dritten verkauft, so kann der frühere Eigentümer zwar nicht vom Dritten das Buch, aber vom Entleiher den Kaufpreis verlangen; wird hingegen die Unterschlagung dadurch begangen, daß der Eigentümer das Buch dem Dritten schenkt, so kann ersterer von letzterem die Rückübertragung des Eigentums fordern. Durch die in § 816 Abs. 1 geschaffene Klage wird der allgemeine Kondiktionentatbestand, wie ihn § 812 Abs. 1 S. 1 normierte, in beträchtlichem Maße erweitert. Denn es wird hier ein Anspruch auf Herausgabe einer Bereicherung gewährt, die nicht sine, sondern cum causa eingetreten ist: hat doch der Anspruchsgegner den Anspruchsgegenstand auf Grund eines, wenn auch nicht mit dem Kläger, so doch mit einem anderen abgeschlossenen onerosen oder lukrativen Vertrags erlangt.

Ähnlichen rechtspolitischen Erwägungen, wie die eben besprochene Kondiktio wegen unberechtigter Verfügung, entspringt die in § 816 Abs. 2 geregelte Bereicherungsklage. Sie setzt voraus, daß „an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt wird, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist". Dann ist „der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet". Der wichtigste hierher gehörige Fall ist die vom debitor cessus nach § 407 mit befreiendem Effekt an den Zedenten erfolgte Zahlung.

3. Der Inhalt der Bereicherungsklage wird durch ihren Namen bestimmt. Unter dem Titel der Bereicherung hat der Verpflichtete zunächst den grundlos erlangten Gegenstand selbst herauszugeben: also das erhaltene Eigentum oder die ihm zedierte Forderung zurückzuübertragen, das empfangene Schuldversprechen oder das an der Sache des anderen Teiles erworbene dingliche Recht aufzuheben, den zu seinen Gunsten vereinbarten Erlaß durch Wiederherstellung des Forderungsrechtes zu beseitigen usw. Die Herausgabepflicht umfaßt aber auch „die gezogenen Nutzungen sowie dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung ‚Beschädigung' oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt" (§ 818 Abs. 1): der Kondiktio unterliegen also beispielsweise neben der Muttersache deren Früchte; die Versicherungssumme für den gestohlenen oder verbrannten Gegenstand; die rei vindicatio, die dem Bereicherten gegen den Dritten zusteht, der in den Besitz der Sache gelangt ist.

Vermag der Verpflichtete den empfangenen Gegenstand nicht herauszugeben, so hat er dessen Wert zu ersetzen, soweit ein solcher in seinem Vermögen zurückgeblieben ist (§ 818 Abs. 2). Die Unmöglichkeit der Herausgabe kann ihren Grund einmal in dem Charakter der vom anderen Teile bewirkten Leistung haben, der eine Rückgewähr in natura ausschließt. Man denke daran, daß die Bereicherung in Diensten besteht, die sine causa erbracht worden sind. Die Unmöglichkeit kann aber auch daher rühren, daß der Empfänger den dem Bereicherungsanspruch unterliegenden Gegenstand kraft seiner Verfügungsmacht an dritte Personen veräußert hat. Solchenfalls kann der Kondiktionsgläubiger seinen Anspruch gegen den Dritten nur richten, wenn dieser den Erwerb vom Empfänger unentgeltlich gemacht hat und infolgedessen auf seiten des letzteren die Bereicherung geschwunden ist (§ 822)[1]. In allen anderen Fällen bleibt allein der Veräußernde verpflichtet, und zwar verpflichtet auf den Wert des veräußerten Gegenstands, nicht etwa, obwohl das nicht unbestritten ist, auf die volle für ihn erzielte Gegenleistung.

[1]) Der unentgeltliche Erwerb im Sinne des § 816 Abs. 1 S. 2 läßt eine Kondiktio entstehen; der unentgeltliche Erwerb im Sinne des § 822 verändert für eine entstandene Kondiktio die Passivlegitimation.

Der Herausgabeanspruch entfällt, „soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist" (§ 818 Abs. 3). Diese Konstellation kann beispielsweise dadurch eintreten, daß der geleistete Gegenstand ersatzlos untergegangen oder daß er vom Empfänger konsumiert oder unentgeltlich weggegeben worden ist, ohne daß deshalb Ausgaben, die dieser sonst hätte machen müssen, erspart worden wären. In dieser Abhängigkeit von der noch vorhandenen Bereicherung liegt gerade das Problematische der Kondiktio gegenüber dem vollwertigeren Schadensersatzanspruch.

Strenger als hier dargetan, haftet der Kondiktionsschuldner nach § 818 Abs. 4 vom Moment der Rechtshängigkeit und den ihm in den §§ 819, 820 gleichgestellten Zeitpunkten an. Es sollen nämlich alsdann für seine Haftung die „allgemeinen Vorschriften" maßgebend sein, worin namentlich einbeschlossen liegt, daß der Verpflichtete für schuldhafte Unmöglichkeit der Rückgewähr Schadensersatz zu leisten und für fructus percepti und percipiendi aufzukommen hat (§§ 292, 987, 989).

Bereits angedeutet wurde, daß da, wo Gegenstand des Bereicherungsanspruches ein vom Rückforderungsberechtigten abgegebenes Schuldversprechen ist, die Kondiktio sowohl in Form der Klage wie in Gestalt der Einrede geltend gemacht werden kann. Für den letzteren Fall bestimmt § 821, daß die Einrede auch dann erhalten bleibt, „wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist".

§ 49. Außerkontraktlicher Schadensersatz.

1. Das BGB. regelt die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht unter dem Titel der Verbindlichkeiten aus „unerlaubten Handlungen". Diese Bezeichnung ist insofern unzutreffend, als die hier in Frage stehenden Schuldverhältnisse nicht notwendigerweise einem verbotenen Tun zu entspringen brauchen. Ihre Charakterisierung als Deliktsobligationen entstammt der römischen Terminologie, die sich ihrerseits aus den pönalen Zwecken erklärt, die frühere Kulturen mittels der Schadenshaftung verfolgten. Vom Standpunkt einer differenzierteren Betrachtungsweise enthält die Frage, ob jemand einem andern, zu dem er bis dahin in keinen schuldrechtlichen Beziehungen gestanden hat, einen Schaden ersetzen soll, keine strafrechtlichen Momente, sondern geht restlos in dem zwar schwierigen, aber nüchternen und jedenfalls rein privatrechtlichen Problem der Schadensverteilung auf. Darum ist außerkontraktliche Schadenshaftung auch mit rechtmäßigem und mit schuldlosem Handeln vereinbar, und für beides werden wir Beispiele aus dem geltenden Rechte kennenlernen. Etwas anderes ist es, ob die außerkontraktliche Ersatzpflicht, wennschon für ihre Entstehung Rechtswidrigkeit und Verschulden keine durch ihr Wesen bedingten begrifflichen Notwendigkeiten sind, nicht aus praktischen Gründen an diese beiden Faktoren in der Regel angelehnt werden soll. Und diese Frage wird jedes positive Recht, das sich um eine vernünftige Abgrenzung der außerkontraktlichen Schadenshaftung bemüht, bejahen müssen, freilich nur dann mit Fug bejahen dürfen, wenn es gewillt ist, für die Bedürfnisfälle die erforderlichen Ausnahmen zu statuieren.

Das römische Recht zählte in kasuistischer Weise die einzelnen zur Schadenshaftung führenden Delikte auf. Umgekehrt haben das preußische und das französische Recht einen allgemeinen haftungsbegründenden Tatbestand formuliert und ihn so weit gefaßt, daß er möglichst jede schuldhafte Schadenszufügung einschließt. Das BGB. hält zwischen beiden Extremen die Mitte. Es stellt ebenfalls allgemeine, die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht erzeugende Tatbestände auf, begrenzt sie aber erheblich enger, als es die eben genannten Rechte getan haben. Soweit dadurch nicht allen Bedürfnissen Rechnung getragen ist, hat das Gesetz durch Normierung einzelner spezieller Haftungsfälle abzuhelfen versucht. Wir haben uns zunächst mit den allgemeinen Tatbeständen zu beschäftigen und werden alsdann die Sonderfälle ins Auge fassen.

2. Allgemeine Tatbestände kennt das Gesetzbuch zwei, von denen jeder, wenn er erfüllt ist, für die Entstehung der Schadensersatzpflicht ausreicht.

a) Der eine in § 823 Abs. 1 geregelte Tatbestand setzt sich aus drei Erfordernissen zusammen.

Es muß einmal eines der dort aufgezählten Rechtsgüter, nämlich ,,Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen" verletzt sein. Es löst also nicht jedwede Schädigung, auch nicht jedwede Vermögensschädigung, sondern nur die in bestimmten Objekten erlittene Schädigung den Ersatzanspruch aus. Insbesondere darf unter dem ,,sonstigen Rechte" nur ein dem Eigentum ähnliches, gleich diesem mit absolutem Charakter begabtes Recht, also beispielsweise nicht das bloße Forderungsrecht verstanden werden.

Die Verletzung der genannten Rechtsgüter muß ferner widerrechtlich sein. Das ist sie immer, wenn ihr kein besonderer Rechtstitel zur Seite steht. Rechtmäßigkeit der Verletzung — wie sie sich aus Einwilligung des Verletzten, aus Notwehr, aus sonstigem Rechte zur Selbsthilfe oder aus öffentlich-rechtlichen Befugnissen ergeben kann — schließt demnach grundsätzlich die Schadenshaftung aus. Doch werden, wie angedeutet, ausnahmsweise auch mit rechtmäßigen Handlungen, z. B. mit der Sachbeschädigung im verschuldeten defensiven Notstand (§ 228 S. 2) und mit der Sachbeschädigung im aggressiven Notstand (§ 904) Ersatzpflichten verbunden. Auch diese sind dann im Sinne unseres Titels ,,Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen."

Die widerrechtliche Rechtsgüterverletzung muß drittens schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt sein. Das ist sie dann, wenn der Handelnde weiß oder wissen müßte, daß er in eine fremde Rechtsgüterwelt unberechtigterweise verletzend eingreift. Nicht notwendig ist, daß er den Schaden in dem Umfang, wie er sich entwickelt hat, voraussehen konnte. Beweispflichtig hinsichtlich des Verschuldens des Beklagten ist der Kläger; nur wenn der Beklagte sich auf die Schuldausschließungsgründe der §§ 827, 828 beruft, trifft ihn naturgemäß die Beweislast. Trotz vorhandener Schuldunfähigkeit entsteht die Haftung, wenn Schadensersatz von keinem zur Aufsicht über den Schuldunfähigen bestellten Dritten erlangt werden kann, die Billigkeit aber ,,nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten", eine Schadloshaltung erfordert und dem doli incapax ,,nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf" (§ 829). Doch setzt diese Bestimmung nicht schlechthin eine Verursachungshaftung an die Stelle der normalen Verschuldenshaftung. Denn nach ihrer ratio ist der Schuldunfähige nur dann ersatzpflichtig, wenn sein Verhalten im Falle der Schuldfähigkeit als schuldhaftes aufzufassen wäre. Hingegen ist ein wirklicher Fall von Verursachungshaftung in der Ausnahmevorschrift des § 231 enthalten, wonach derjenige, der zur Selbsthilfe in der irrigen Annahme schreitet, daß die für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, dem anderen Teile Ersatz zu leisten hat, ,,auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht".

b) Der zweite Haftungstatbestand allgemeiner Natur findet sich in § 823 Abs. 2 S. 1. Ihm zufolge ist derjenige ersatzpflichtig, der ,,gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt." Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, daß es zahlreiche Schädenfälle gibt, wo entweder keines der in § 823 Abs. 1 aufgezählten Rechtsgüter verletzt worden oder ihre Verletzung nicht voraussehbar gewesen ist, wo aber eine Verpflichtung, den angerichteten Schaden zu ersetzen, dennoch angezeigt erscheint, weil die Schadenszufügung erfolgt ist in Übertretung einer auf ihre Verhütung abzielenden Rechtsvorschrift. Gewisse Schwierigkeiten bereitet dabei die richtige Abgrenzung des vom BGB. geprägten Begriffs des ,,Schutzgesetzes". Man wird ihn nicht so eng fassen dürfen, daß man darunter nur Normen zum Schutze bestimmter Personenklassen, wie etwa der Arbeiter versteht. Aber auch

nicht so weit, daß man darunter Rechtssätze begreift, die zunächst nur staatliche Institutionen schützen wollen und den Interessen des einzelnen höchstens in ihrer mittelbaren Auswirkung dienen, wie z. B. das Verbot der Gefangenenbefreiung oder des Meineids. Sondern zu den Gesetzen, die § 823 Abs. 2 im Auge hat, zählen alle, aber auch nur diejenigen Rechtsvorschriften, die unmittelbar zum Schutze des Publikums erlassen sind. Es handelt sich dabei neben privatrechtlichen Bestimmungen vor allem um straf- und verwaltungsrechtliche Verbote, für die Beispiele anzuführen überflüssig ist. Das die Schadenshaftung begründende Verschulden bezieht sich hier nicht, wie vorhin, auf den Eingriff in die fremde Rechtsgüterwelt, sondern auf die Übertretung des Schutzgesetzes, so daß wenn diese schuldhaft erfolgt ist, die Haftung ausgelöst wird, ohne daß es noch auf die Voraussehbarkeit einer Schadensentstehung ankommt. Und zwar macht da, wo das Schutzgesetz nur vorsätzliches Handeln verbietet, auch nur die vorsätzliche Übertretung ersatzpflichtig, während fahrlässige Nichtbeachtung da genügt, wo jedes schuldhafte Zuwiderhandeln reprobiert wird. ,,Ist aber nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich" — was bei vielen Polizeiverordnungen zutrifft —, ,,so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein" (§ 823 Abs. 2 S. 2).

3. Was die speziellen Haftungsfälle angeht, die das Gesetzbuch in Ergänzung der allgemeinen Tatbestände geregelt hat, so handelt es sich einmal

a) um die Kreditgefährdung des § 824. Ohne diese Bestimmung würde die Gefährdung fremden Kredits eine Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 nur insoweit begründen, als sie mittels einer verbotenen, insbesondere den §§ 185ff. StGB. zuwiderlaufenden Handlungsweise erfolgte. So hingegen entsteht die Schadenshaftung überall, wo jemand ,,der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen", und deren Unwahrheit er entweder gekannt hat oder kennen mußte. Nur die Verbreitung von unwahren Tatsachen, nicht auch die von unzutreffenden absprechenden Urteilen fällt unter § 824. Und selbst die Mitteilung unwahrer Tatsachen wird, sofern sie nicht vorsätzlich geschieht, haftfrei gelassen, wenn der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung ,,an ihr ein berechtigtes Interesse hat", wie das z. B. für die sogenannten Auskunfteien und ihre Kunden zutrifft.

b) Die Schadenshaftung, die die Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre nach § 823 Abs. 2 in Verbindung mit den entsprechenden Schutzvorschriften der §§ 176ff. StrGB. erzeugt, erfährt eine bedeutsame Erweiterung durch § 825, wonach derjenige ersatzpflichtig ist, ,,der eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt". Gedacht ist hierbei weniger an gesundheitliche Schädigungen (etwa durch Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten), für die in der Regel schon § 823 Abs. 1 den erforderlichen Ausgleich gewährt, als an Schäden zufolge Eintritts der Schwangerschaft oder Entgehens einer sonst bestehenden Heiratsaussicht. Mit dem Anspruch aus § 825 konkurriert der später zu erwähnende Bußanspruch aus § 847 Abs. 2 und eventuell der in § 1715 gewährte familienrechtliche Anspruch auf Erstattung der Entbindungskosten.

c) Ohne Rücksicht auf die Art des verletzten Rechtsgutes und einerlei, ob ein bestimmtes Schutzgesetz übertreten ist, wird nach § 826 ersatzpflichtig, ,,wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt." Diese moderne actio doli macht also bewußtermaßen die Entstehung der Schadenshaftung abhängig von Werturteilen, die der Moral- und Sittenordnung angehören. Man hat dem BGB. vorgeworfen, daß es dadurch einen schwankenden und schwer greifbaren Tatbestand, eine ,,Kautschukbestimmung" geschaffen habe. Und in der Tat ist § 826 keine einfach zu handhabende Rechtsvorschrift und er läßt an Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten selbst dann noch genug übrig,

wenn man zwischen der Lebensanschauung des übervornehm denkenden Menschen und den auf mangelhaftem Moralempfinden beruhenden Unsitten einzelner Kreise die richtige Mitte innezuhalten weiß. Auch ist seine Beziehung zu anderen Teilen der Rechtsordnung, wie z. B. zum Schikaneverbot des § 226 oder zur Rechtskraft des Urteils bei dolos erstrittenem Erkenntnis, vielfach ungeklärt. Aber ohne einen dehnbaren Tatbestand läßt sich die Gemeinheit in ihrer Vielgestaltigkeit nicht treffen und ist in der Lehre von der Schadenshaftung ein auch nur annähernd restloses Erfassen aller Bedürfnisfälle nicht möglich. Dem deutschen Richter darf man das Zeugnis ausstellen, daß er mit dem ihm in die Hand gegebenen, nicht ungefährlichen Instrument in der Hauptsache Gutes gewirkt hat. Soweit die Abgrenzung der berechtigten und der unberechtigten Interessenwahrnehmung im neuzeitlichen Wirtschaftskampf keine positivrechtliche Regelung gefunden hat, ist sie großenteils mit Hilfe des § 826 vorgenommen worden: in verständnisvollen und gerechten Abwägungen hat das Reichsgericht gegenüber Streik, Boykott und Aussperrung zwischen den nach Mittel und Zweck billigenswerten und darum ersatzfreien und den nach Mittel oder Zweck zu mißbilligenden und darum ersatzpflichtigen Kampfmaßnahmen zu unterscheiden gewußt.

d) Erfüllt ein Beamter bei Vornahme von Amtshandlungen den Tatbestand des § 823 Abs. 1 oder 2, so erfährt die dort vorgesehene Schadenshaftung keine Änderung durch die Beamteneigenschaft desjenigen, der den Schaden anrichtet. Wohl aber erzeugt letztere möglicherweise Ersatzpflichten, die sich aus § 823 nicht ergeben würden. Denn nach § 839 Abs. 1 S. 1 hat ein Beamter, der „vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt", dem Dritten für den daraus erwachsenen Schaden aufzukommen. Die im Interesse des Publikums erlassene Dienstinstruktion versieht hier gewissermaßen die Funktionen eines Schutzgesetzes. Dadurch lebt freilich der Beamte nach strengerem Rechte als der Nichtbeamte. Die Rechtfertigung dafür liegt einmal in dem mit der Beamtenstellung überhaupt verbundenen erhöhten Pflichtenmaß, dem als Äquivalent die Beamtenprivilegien gegenüberstehen; sie liegt aber vor allem in der Schutzbedürftigkeit des Publikums, das sich den Beamten, mit dem es zu tun hat, nicht auswählen kann. Doch hat das Gesetz die spezifische, nur aus der Verletzung der Amtspflicht sich ergebende Schadenshaftung dadurch für den Beamten gemildert, daß es sie in mehrfacher Hinsicht subsidiär gestaltet hat. Sie ist einmal insofern subsidiär, als das Landesrecht sie nach Art. 77 EG. ausschließen kann, soweit (wovon noch zu reden sein wird) für den Beamten der Staat oder der Kommunalverband haftet. Und sie ist weiter subsidiär, indem sie nicht eintritt, „wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden", und gegenüber der fahrlässigen Amtspflichtverletzung entfällt, wenn der Verletzte „auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag" (§§ 839 Abs. 1 S. 2, Abs. 3). Dem Schutze der richterlichen Unabhängigkeit bzw. Unbefangenheit dient die Bestimmung, daß beim Urteil in einer Rechtssache begangene Amtspflichtverletzungen grundsätzlich nur im Falle strafrechtlicher Verfolgbarkeit eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit begründen (§ 839 Abs. 2 in Vbd. mit §§ 334, 336, StrGB.).

e) Hat in den bisherigen Fällen der Gesetzgeber das Verschuldensprinzip nirgends verlassen, so erleidet letzteres, wenigstens in seiner technischen Ausgestaltung, eine Einschränkung bei der in den §§ 836—838 geregelten Haftung für Gebäudeeinsturz. Zwar verpflichtet nicht der Gebäudeeinsturz als solcher, sondern nur der schuldhaft herbeigeführte zum Schadensersatz. Aber der Kläger braucht hier nicht das Verschulden des Ersatzpflichtigen, sondern dieser muß seine Schuldlosigkeit beweisen. Im übrigen sei, ohne daß auf die Einzelheiten des Tatbestands eingegangen werden kann, nur hervorgehoben, daß die Schadenshaftung die Tötung oder Verletzung eines Menschen oder die Beschädigung einer Sache „durch den Ein-

sturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes" und als Ursache dieser Ereignisse eine (objektiv) „fehlerhafte Errichtung oder mangelhafte Unterhaltung" fordert. Haftpflichtig ist, wenn er nicht den erwähnten Nachweis führt, daß er die zum Zwecke der Gefahrabwendung erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, der gegenwärtige Eigenbesitzer des Grundstücks; statt seiner trifft die Haftung möglicherweise den früheren Eigenbesitzer oder denjenigen, der, wie der Erbbauberechtigte oder der Pächter, das Bauwerk auf fremdem Grundstück in Ausübung eines Rechtes besitzt; und neben diesen Personen kann schließlich auch herangezogen werden, „wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstück verbundenen Werkes für den Besitzer übernimmt oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes zu unterhalten hat".

f) Einen völligen Bruch mit dem Verschuldensprinzip hat das Gesetzbuch anfänglich bei der Normierung der Tierhalterhaftung vollzogen. Denn § 833 lautete in seiner ursprünglichen Fassung kurzweg: „Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, der das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen". Diese Regelung, nach der die Verantwortlichkeit für den Schaden durch dessen bloße Verursachung ausgelöst wird, beruhte auf der rechtspolitischen Erwägung, daß mit dem Halten von Tieren gewisse Gefahren für die Umwelt verbunden seien und diese Gefahren zu Lasten desjenigen gehen müssen, der sie geschaffen hat (Gefährdungshaftung). Die restlose Durchführung dieses Gedankens, dessen Vater der Wunsch nach Schutz des Armen gegen den reichen Tierbesitzer war, erwies sich aber sehr bald als untunlich, da die strenge Haftung besonders schwer auf dem kleinen Manne lastete, der sich Tiere nicht zum Luxus, sondern zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse hält. Darum fügte eine Novelle vom 30. 5. 1908 dem § 833 einen Satz 2 hinzu, nach dem „die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde". Es soll also Verschuldenshaftung, modifiziert durch Umkehrung der Beweislast, gelten, wenn die doppelte Voraussetzung erfüllt ist, daß es sich um ein Haustier handelt und daß dieses Haustier einem der genannten wirtschaftlichen Zwecke dient. Im übrigen wird in § 834 neben dem Tierhalter auch derjenige für haftpflichtig erklärt, der „die Führung der Aufsicht über das Tier durch Vertrag übernimmt", wobei aber diesem Ersatzpflichtigen der Exkulpationsbeweis stets, also ohne Rücksicht auf die Art des Tieres und die Gründe, warum es gehalten wird, offen gelassen ist. Die nicht ganz einfache Regelung, die hiernach die Haftung für Tiere im geltenden Rechte erfahren hat, wird in ihrer praktischen Handhabung noch dadurch erschwert, daß die Begriffe, mit denen dabei operiert werden muß, wie der des „Tierhalters", des „durch" ein Tier angerichteten Schadens, ja selbst der des Tieres selbst keineswegs eindeutig sind.

Nichts zu tun mit dem Problem der Tierhalterhaftung hat die Frage nach dem Wildschadensersatz. Hier soll derjenige, der sich mangels Jagdrechts gegen Grundstücksbeschädigungen durch Wild nicht auf dem einfachen Wege des Abschusses selbst schützen kann, den Jagdberechtigten belangen dürfen, der den Schaden durch Ausübung seines Jagdrechts hätte verhindern können. Nach diesem Gesichtspunkt hat das Gesetz die Materie in § 835 des näheren geregelt unter weitgehenden, den Art. 70 und 71 des EG. zu entnehmenden Vorbehalten für das Landesrecht.

g) Bedeutsame Anwendungsfälle von Gefährdungshaftung finden sich noch außerhalb des BGB. in Reichsspezialgesetzen. Sie betreffen Erfindungen der Technik,

die für die Menschheit ebenso segen- wie gefahrbringend sind und deren doppelseitigem Wesen der Gesetzgeber dadurch gerecht zu werden versucht, daß er sie sich trotz ihrer Gefährlichkeit frei entfalten, aber die Kosten der von ihnen verursachten Schäden möglichst nicht das Publikum tragen läßt. Schon ein preußisches Gesetz vom 3. 11. 1838 verpflichtete Eisenbahngesellschaften zum Ersatz allen Schadens. „welcher bei der Beförderung auf der Bahn, an den auf derselben beförderten Personen und Gütern oder auch an anderen Personen und deren Sachen entsteht", falls die Gesellschaften nicht nachweisen, „daß der Schaden entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist" — wobei ausdrücklich hinzugefügt wurde, daß „die gefährliche Natur der Unternehmung selbst als ein solcher von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten" sei. Das noch jetzt (vgl. Art. 42 EG.) geltende, sogenannte Reichshaftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871 hat (unter Ersetzung des „unabwendbaren äußeren Zufalls" durch den Begriff der „höheren Gewalt") diese strenge Eisenbahnhaftung. soweit es sich um Tötung oder Verletzung von Menschen handelt, zum Reichsrecht erhoben und Art. 105 des EG. gestattet dem Landesrecht, die Haftung für Eisenbahnen oder andere gemeingefährliche Betriebe noch weiter auszudehnen[1]). Unter den letzteren haben dem Gesetzgeber ähnliche Probleme, wie sie einst durch die Eisenbahnen aufgeworfen wurden, in neuerer Zeit das Kraftfahrzeugwesen und das Luftfahrzeugwesen gestellt, wovon dieses seine Sonderregelung in den §§ 19ff. des Reichsluftverkehrsgesetzes vom 1. 8. 1922, jenes sie in § 7 des Reichsgesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. 5. 1909 gefunden hat. Der Grundgedanke der Regelung ist auch hier die Gefährdungshaftung. Allerdings weist sie gegenüber dem Reichshaftpflichtgesetz mancherlei Abweichungen auf, von denen namentlich die ziffernmäßige Begrenzung der Schadenshaftung zu erwähnen ist — eine Besonderheit, die sich teilweise daraus erklärt, daß man nicht durch ein Übermaß von Haftung aufblühende Industrien schädigen wollte, die aber vor allem ihre Rechtfertigung darin findet, daß der Kraft- und Luftfahrzeugbetrieb durchschnittlich auf finanziell weniger tragfähigen Schultern wie der Eisenbahnbetrieb ruht und nicht wie dieser als Äquivalent für strenge Haftung ein faktisches Beförderungsmonopol in Rechnung stellen kann.

4. Wir haben bereits Fälle kennengelernt, wo das Gesetz für einen eingetretenen Schaden mehrere Personen nebeneinander haftbar sein läßt: so beim Gebäudeeinsturz, wenn sowohl der Eigenbesitzer des Grundstücks wie der Hausverwalter es an der zur „Abwendung der Gefahr" erforderlichen Sorgfalt haben fehlen lassen; oder bei dem durch ein Tier verursachten Schaden, wenn die Voraussetzungen der Haftung sowohl auf seiten des Tierhalters wie auf seiten desjenigen, der das Tier in Verwahrung genommen hat, gegeben sind. Die mehreren Personen haften alsdann dem Geschädigten als Gesamtschuldner, auch wenn nach dem Verhältnis der Ersatzpflichtigen zueinander der Schaden von einem allein zu tragen ist. Fehlt es bei der Haftung für Gebäude oder Tiere an internen Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Ersatzpflichtigen, wie z. B. wenn der Tierhalter aus § 833 und ein anderer. der hinter dem Rücken des Tierhalters das Tier auf den Geschädigten gehetzt hat. aus § 823 verantwortlich ist, so bürdet das Gesetz den gegenüber dem Geschädigten solidarisch zu vertretenden Schaden im Innenverhältnis demjenigen auf, der den Schaden nicht auf Grund der Sonderbestimmungen, sondern auf Grund der allgemeinen Haftungstatbestände zu ersetzen hat (§ 840 Abs. 1 und 3).

Gesamtschuldnerische Haftung greift ferner nach §§ 830, 840 Abs. 1 überall ein, wo „mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung

---

[1]) Soweit sich das Reichshaftpflichtgesetz selbst mit noch anderen Betrieben als dem Eisenbahnbetrieb beschäftigt, statuiert es keine Gefährdungshaftung, sondern eine Haftung für fremdes Verschulden, die durch die spätere Gesetzgebung im wesentlichen überholt worden ist. Über den Begriff der höheren Gewalt vgl. oben S. 56f.

einen Schaden verursacht haben", wobei es einerlei ist, ob die gemeinschaftliche Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen ist und ob die Teilnehmer im strafrechtlichen Sinne als Mittäter, Gehilfen oder Anstifter zu charakterisieren sind. Ja nach der Vorschrift des § 830 Abs. 1 S. 2, die der Interpretation allerdings gewisse Schwierigkeiten bereitet, gilt Solidarhaftung sogar dann, wenn nur einer als Schadensstifter in Betracht kommt, „es sich aber nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat": bei einer Prügelei hat einer mit dem Messer gestochen, aber es ist nicht festzustellen, wer der eine gewesen ist. Danach wird man sich für Gesamtschuld erst recht in dem vom Gesetz nicht geregelten Falle zu entscheiden haben, daß ein Schaden von mehreren Personen, aber nicht durch gemeinschaftliches, sondern durch isoliertes, ersatzpflichtiges Vorgehen herbeigeführt worden ist: zwei Fabriken vergiften einen Bach und die aus ihm trinkenden bzw. in ihm lebenden Tiere dadurch, daß sie, ohne voneinander zu wissen, giftige Abwässer in den Bach leiten. Hingegen liegt für Gesamtschuld da kein Anlaß vor, wo ein Schaden von einem angerichtet worden ist, wo aber der Täterschaft mehrere verdächtig sind, deren keinem sie indessen nachgewiesen werden kann, während andererseits feststeht, daß es zwischen den mehreren Verdächtigen an jeder Handlungsgemeinschaft fehlt, so daß sie als „Beteiligte" im Sinne von § 830 Abs. 1 S. 2 nicht angesprochen werden können: als Urheber eines kreditgefährdenden anonymen Briefes kommen fünf, untereinander nicht bekannte Personen in Frage, ohne daß ermittelbar ist, wem von ihnen die schädigende Handlung zur Last fällt.

5. Das Problem der Schadensverteilung ist von der Rechtsordnung so lange unvollkommen gelöst, als der einzelne ausschließlich für eigenes Tun verantwortlich gemacht wird. Denn das Verkehrsbedürfnis verlangt unter Umständen auch eine Haftung für Handlungen, die nachweislich ein anderer als der Ersatzpflichtige begangen hat.

Dieses Bedürfnis besteht einmal da, wo jemand einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat und letzterer in Ausführung (nicht bloß bei Gelegenheit) der Verrichtung einem Dritten Schaden zufügt. Für den Gesetzgeber taucht nur die Frage auf, ob er schon die Bestellung als solche für einen ausreichenden Haftungsgrund ansehen oder ob er dafür eine schuldhafte Bestellung verlangen soll. In dem früher besprochenen § 278, der es mit der Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen innerhalb bestehender Schuldverhältnisse zu tun hatte, hat das Gesetzbuch den ersteren Standpunkt eingenommen. Und soweit es sich um die Verantwortlichkeit juristischer Personen für ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter handelt, bekennt es sich zu ihm laut §§ 31, 86, 89 auch in Ansehung der außerkontraktlichen Haftung. Im übrigen aber hat es für deren Regelung in § 831 Abs. 1 einen Mittelweg gewählt, indem es eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn für Handlungen des Bestellten zwar nur bei schuldhafter Bestellung anerkennt, aber nicht vom Geschädigten den Beweis der culpa in eligendo fordert, sondern dem verklagten Besteller den Exkulpationsbeweis aufbürdet, daß er „bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hatte, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde". Es haftet also der Fuhrwerksbesitzer, wenn sein ungeschickter Kutscher den Wagen umwirft, dem Fahrgast nach § 278 unbedingt; dritten Personen hingegen, die dabei zu Schaden gekommen sind, mit dem Vorbehalt jenes Entlastungsbeweises. Dieser dem Beklagten in § 831 offen gelassene Sorgfaltsbeweis — dessen richtige Handhabung an den Takt des Richters hohe Anforderungen stellt — könnte den Geschädigten leicht um jeden Schadensersatz bringen, wenn es dem Geschäftsherrn gelänge, darzutun, sein Betrieb sei von solcher Größe, daß ihm die Verkehrsanschauung überhaupt nicht zumute, alle seine Leute selbst

zu engagieren. Solchenfalls muß sich der Verletzte wenigstens an denjenigen halten können, dem für den Geschäftsherrn die Anstellung oblag. Und das Gesetzbuch läßt denn auch in § 831 Abs. 2 dieselben Haftungsgrundsätze, denen es den Geschäftsherrn unterwirft, zu Lasten desjenigen eingreifen, der gegenüber ersterem die Anstellung des Personals bzw. die andern vorhin genannten Geschäfte „durch Vertrag übernimmt".

Das Bedürfnis nach Haftung für fremde Handlungen macht sich im Rechtsverkehr ferner geltend bei Schadenszufügungen durch Personen, die wegen Minderjährigkeit oder schwerer Gebrechen unter gesetzlich angeordneter Aufsicht stehen. Das BGB. verfährt demgemäß hier ähnlich wie vorhin: der Aufsichtspflichtige ist für den von diesen Personen angerichteten Schaden verantwortlich, sofern er nicht nachweist, „daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde". Und die gleiche Haftung, wie den Aufsichtspflichtigen selbst trifft wiederum denjenigen, der, wie etwa der Inhaber einer Erziehungsanstalt, dem Aufsichtspflichtigen gegenüber „die Aufsicht durch Vertrag übernimmt" (§ 832).

Die Haftung des Bestellers nach § 831 und des Aufsichtspflichtigen nach § 832 greift natürlich nicht bei jeder Schadenszufügung des „anderen", sondern bloß da ein, wo dieser durch seine Handlung einen der uns bekannten, zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestände verwirklicht hat. Nur mit der einen Ausnahme, daß der andere, für den gehaftet wird, nicht schuldfähig zu sein braucht. Es genügt, wie das Gesetz sich ausdrückt, daß er dritte Personen „widerrechtlich" geschädigt hat, oder richtiger gesagt: es reicht aus, daß seine Handlung, die Schuldfähigkeit vorausgesetzt, schuldhaft sein würde. Gerade die Fälle des schuldunfähigen, weil geisteskranken oder noch sehr jugendlichen „anderen" bilden ein wichtiges Anwendungsgebiet der Haftung für culpa in eligendo und culpa in custodiendo. Ist der „andere" schuldfähig gewesen und hat er infolgedessen selbst, etwa aus § 823, für den von ihm angerichteten Schaden einzustehen, oder ist er trotz fehlender Schuldfähigkeit nach § 829 ersatzpflichtig, so haften er und der aus den §§ 831, 832 Verantwortliche nebeneinander als Gesamtschuldner, wobei im Innenverhältnis der Schaden regelmäßig vom „anderen" und nur im Falle des § 829 vom Besteller bzw. Aufsichtspflichtigen zu tragen ist (§ 840 Abs. 2).

Eine Haftung für fremde Handlungen ist in gewissem Sinne auch die Haftung des Staates und der Kommunen für ihre Beamten. Sie bestimmt sich, soweit privatrechtliche Funktionen in Frage stehen (Bautätigkeit, industrielle Tätigkeit, Banktätigkeit von Staat und Gemeinden), nach den §§ 31, 831 des BGB. bzw. (wie bei der Eisenbahn, dem Kraftwagenbetrieb) nach den entsprechenden Reichsspezialgesetzen. Soweit hingegen Beamte einen Dritten schädigen in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt, regelt sich die Ersatzpflicht des Staates und der Kommunalverbände nach Landesrecht (Art. 77 EG. in Vbd. mit Art. 131 der Reichsverfassung). Für Preußen ist in dieser Hinsicht maßgebend das Gesetz vom 1. 8. 1909; für die Reichsbeamten das Reichsgesetz vom 22. 5. 1910. Hiernach haften Reich, Staat, Gemeinden dem Publikum für vorsätzliche und fahrlässige (in engen Grenzen sogar für schuldlose) Amtspflichtverletzungen ihrer Beamten; dafür wird die in § 839 BGB. normierte Haftung des Beamten gegenüber dem Geschädigten ausgeschlossen. Eine reichsrechtliche Vorschrift über Haftung der einzelnen Länder für den von ihren Beamten in Wahrnehmung von staatlichen Hoheitsrechten schuldhaft angerichteten Schaden findet sich in § 12 GO. Ferner gehören hierher die Reichsgesetze über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen und der unschuldig in Untersuchungshaft geratenen Personen vom 20. 5. 1898 und 14. 7. 1904. Denn wenn hier auch nicht verschuldete, nicht einmal rechtswidrige Maßnahmen von Beamten vorzuliegen brauchen, so sind es doch, objektiv betrachtet, Beamtenmißgriffe, für

die der Staat, der die Anstellung vollzogen hat, einzustehen gezwungen wird. Dagegen handelt es sich um eine vom Reiche nicht den Ländern, sondern sich selbst auferlegte Haftung in dem für die Materie des Schadensersatzes in mannigfacher Hinsicht interessanten Reichstumultschadengesetz vom 12. 5. 1920, das in diesem Zusammenhang insofern genannt werden darf, als auch sein Thema, wenn nicht dem formulierten Tatbestand nach, so doch sachlich, Verantwortung für fremdes Tun ist.

6. Inhalt und Umfang der Deliktsobligationen richten sich nach den allgemeinen für Schadensersatzverbindlichkeiten geltenden Grundsätzen, soweit nicht in Spezialgesetzen oder im BGB. selbst Besonderheiten vorgesehen sind. Letzteres enthält solche in den §§ 842—853. Sie betreffen einmal die Schadenshaftung wegen einer gegen die Person des Ersatzberechtigten gerichteten unerlaubten Handlung. Und zwar sprechen sie die an sich selbstverständliche Erstreckung der Ersatzpflicht auf die Nachteile aus, „welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt"; regeln das dem Erwerbsunfähigen oder Erwerbsbeschränkten erwachsende Recht, Schadensersatz in Form einer Geldrente zu verlangen und schließen für den Fall der Tötung in den zu ersetzenden Schaden die Beerdigungskosten ein. Weiter ist zu erwähnen, daß bei der Tötung eines kraft Gesetzes Unterhaltspflichtigen der Unterhaltsberechtigte, bei der Tötung oder Verletzung eines kraft Gesetzes zu Dienstleistungen Verpflichteten der Dienstberechtigte einen Ersatzanspruch gegen den Delinquenten erwirbt: hier erzeugt also auch der Eingriff in ein bloßes Forderungsrecht die Verpflichtung zur Schadloshaltung. Und schließlich ist hervorzuheben, daß im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, im Falle der Freiheitsentziehung und bestimmter Angriffe gegen die weibliche Geschlechtsehre „auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld" gefordert werden kann: dadurch tritt, in Abweichung von dem in § 253 aufgestellten Prinzip, neben den materiellen Interesseanspruch ein Recht auf eine Art Buße oder Schmerzensgeld, das freilich um seiner höchstpersönlichen Zwecke willen unübertragbar und unvererblich ist, es sei denn, daß es „durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist" (§§ 842—847.)

Für den Schadensersatz wegen Entziehung oder Beschädigung von Sachen bekennt sich das Gesetz mit gutem Grunde zu dem römischen Gedanken „fur semper moram facere videtur" und läßt demgemäß den Rückgabepflichtigen auch für eine zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung der Sache haften; es ordnet ferner durch Verweisung auf die rei vindicatio die Impensenansprüche des Herausgabepflichtigen; verhilft, indem es für rechtzeitige Verzinsung der Ersatzsumme sorgt, dem Ersatzberechtigten zu seiner vollen Entschädigung und schützt den Ersatzpflichtigen davor, daß er nicht durch Unkenntnis der Rechtsverhältnisse, in denen die entzogene oder beschädigte Sache gestanden hat, zu wiederholten Ersatzleistungen gezwungen wird (§§ 848—851.)

Alle Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen verjähren in drei Jahren „von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt." Daneben läuft die dreißigjährige, mit der Begehung der Handlung einsetzende Verjährung. Der verjährte Deliktsanspruch läßt möglicherweise einen Bereicherungsanspruch bestehen, der aber seinerseits natürlich auch nicht unverjährbar ist. Trotz Verjährung des Ersatzanspruchs kann die unerlaubte Handlung im Wege der Einrede geltend gemacht werden, wenn sie, wie beispielsweise beim Vertragsschluß durch arglistige Täuschung, zum Erwerb eines Forderungsrechtes gegen den Verletzten geführt hat (§§ 852, 853.)

Ein Rückblick auf das Gebiet des außerkontraktlichen Schadensersatzes legt die Frage nahe, ob der Deliktsanspruch dadurch eine Veränderung erfährt, daß die unerlaubte Handlung — man denke an die Beschädigung eines geliehenen Buches —

gleichzeitig den Tatbestand einer Vertragsverletzung gegenüber dem Geschädigten erfüllt. Und noch die andere Frage erhebt sich, ob derjenige, der wegen eines verletzten Rechtsgutes Schadensersatz verlangen darf, nicht schon gegenüber der drohenden Verletzung auf deren Unterlassung hätte klagen können. Tatsächlich werden in der Literatur häufig beide Themen in die Materie der Deliktsobligationen einbezogen. In Wahrheit aber handelt es sich weder bei der Konkurrenz von vertraglichen und außervertraglichen Ansprüchen noch bei der vorbeugenden Unterlassungsklage um spezifisch obligationsrechtliche Probleme, sondern um Fragen, die den allgemeinen Lehren vom Rechtsschutz angehören und sich darum auch nur im Zusammenhang mit ihnen fruchtbringend erörtern lassen.

Sachverzeichnis.

Druck von Oscar Brandstetter in Leipzig.

VERZEICHNIS DER IN DER ENZYKLOPÄDIE ERSCHEINENDEN BEITRÄGE

I. Rechtsphilosophie

1. Rechtsphilosophie . . . . Prof. Dr. Max Ernst Mayer, Frankfurt a. M.

II. Rechtsgeschichte

2. Römische Rechtsgeschichte und System des Römischen Privatrechts . . . . Prof. Dr. Paul Jörs, Wien

3. Römischer Zivilprozeß . . . . Prof. Dr. Leopold Wenger, München

4. Römische Rechtsgeschichte im Mittelalter Geh. Justizrat Prof. Dr. Emil Seckel, Berlin

5a Deutsche Rechtsgeschichte . . . . Prof. Dr. A. Zycha, Bonn

5b Grundzüge des deutschen Privatrechts . . Prof. Dr. Hans Planitz, Köln a. Rh.

6. Rechtsentwicklung in Preußen . . . . . Prof. Dr. Eberhard Schmidt, Breslau

III. Zivilrecht und Zivilprozeß

7. Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil . . Geh. Justizrat Prof. Dr. Andreas v. Tuhr, Zürich

8. Recht der Schuldverhältnisse . . . . . . Prof. Dr. Heinrich Titze, Berlin

9. Sachenrecht . . . . Prof. Dr. Julius v. Gierke, Halle a. S.

0. Familienrecht . . . . Prof. Dr. Heinrch Mitteis, Köln a. Rh.

1. Erbrecht . . . . Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen

2. Handels- und Wechselrecht . . . . . . Prof. Dr. Karl Heinsheimer, Heidelberg

3. Privatversicherungsrecht . . . . Geh. Hofrat und Geh. Justizrat Prof. Dr. Victor Ehrenberg, Göttingen

4. Urheber- und Erfinderrecht . . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Philipp Allfeld, Erlangen

5. Internationales Privatrecht . . . . Prof. Dr. Karl Neumeyer, München

'. Einwirkungen des Friedensvertrages auf die Privatrechtsverhältnisse . . . . Prof. Dr. Josef Partsch, Berlin

. Zivilprozeßrecht . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Ernst Jaeger, Leipzig

3. Konkursrecht . . . . " " " "

). Freiwillige Gerichtsbarkeit . . . . Prof. Dr. Friedrich Lent, Erlangen

IV. Strafrecht und Strafprozeß

). Strafrecht . . . . Prof. Dr. Eduard Kohlrausch, Berlin

l. Strafprozeßrecht . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl v. Lilienthal, Heidelberg

'. Kriminalpolitik . . . . Prof. Dr. Ernst Rosenfeld, Münster i. Westf.

V. Öffentliches Recht

23. Allgemeine Staatslehre . . . . Prof. Dr. Hans Kelsen, Wien
24. Deutsches Staatsrecht (Reichs- und Landesstaatsrecht . . . . Prof. Dr. Erwin Jacobi, Leipzig
25. Verwaltungsrecht . . . . Prof. Dr. Walter Jellinek, Kiel
26. Österreichisches Verfassungsrecht . . . . Ministerialrat Prof. Dr. Leo Wittmayer
27. Ausländisches Staatsrecht . . . . Prof. Dr. Hans Gmelin, Gießen, und Dr. Otto Koellreutter, Jena
28. Steuerrecht . . . . Prof. Dr. Albert Hensel, Bonn a. Rh.
29. Kirchenrecht . . . . Geh. Justizrat Prof. Dr. Erwin Ruck,
30. Völkerrecht . . . . Prof. Dr. Heinrich Pohl, Tübingen

VI. Arbeits- und Wirtschaftsrecht

31. Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht Prof. Dr. Walter Kaskel, Berlin
32. Wirtschaftsrecht . . . . Prof. Dr. Walter Kaskel, Berlin und Privatdozent Dr. Hans Carl Ni dey, Jena

VII. Allgemeine Volkswirtschaftslehre

33. Allgemeine Volkswirtschaftslehre . . . . Prof. Dr. Josef Schumpeter, Wien
34. Geschichte der Volkswirtschaftslehre . . Privatdozent Dr. Edgar Salin, Heidel
35. Organisation der Volkswirtschaft und deren Systeme . . . . Geh. Regierungsrat Prof. Dr. Werner Som Berlin
36. Kredit und Banken (Kapital und Geldmarkt) Prof. Dr. Arthur Spiethoff, Bonn a.

VIII. Besondere Volkswirtschaftslehre

37. Landwirtschaft (Landwirtschaftl. Betrieb und Agrarpolitik . . . . Prof. Dr. Otto Auhagen, Berlin
38. Gewerbepolitik . . . . Geh. Legationsrat Prof. Dr. Wiedenfeld, Le
39. Handel (Innerer und Äußerer) . . . . . Prof. Dr. Erwin v. Beckerath, Kiel
40. Verkehr . . . . „ „ „ „
41. Versicherungswesen . . . . Prof. Dr. Hanns Dorn, München
42. Sozialpolitik . . . . Prof. Dr. Gerhard Keßler, Jena
43. Wohlfahrtspflege . . . . „ „ „ „
44. Armenwesen . . . . „ „ „ „

IX. Finanzwissenschaft

45. Finanzwissenschaft . . . . Prof. Dr. Hans Teschemacher, Kö berg i. Pr.

X. Nachbargebiete der Volkswirtschaftslehre

46. Statistik . . . . Präsident Prof. Dr. Friedrich Zahn, Mün
47. Wirtschaftsgeschichte . . . . Prof. Dr. Hermann Aubin, Bonn a. R
48. Wirtschaftsgeographie . . . . Prof. Dr. Otto Quelle, Bonn a. Rh.
49. Betriebswirtschaftslehre . . . . Prof. Dr. Walter Mahlberg, Göteborg
50. Technologie . . . . Prof. Dr. Arthur Binz, Berlin und Prof. Dr. F. F. Martens, Berlin